Die gesetzlichen Konkurrenzverbote im Handelsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

kgl. bayer. Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD.
LAND.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Johannes Abraham
aus Schleswig.

Tag der Approbation: 3. März 1911.

Erlangen.
K. B. Hof- und Universitätsbuchdruckerei von Junge & Sohn.
1911.

258

Gedruckt mit Genehmigung der hohen juristischen Fakultät der Universität Erlangen.

Referent: Herr Professor Dr. Sehling.
Dekan: Herr Professor Dr. Oertmann.

Meiner lieben Mutter.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Abschnitt.

Inhalt der Konkurrenzverbote.

§ 2. Die Konkurrenzverbote im allgemeinen und ihr legislatorischer Grund 5

§ 3. Das „erweiterte“ Konkurrenzverbot für Handlungsgehilfen, Handlungslehrlinge und Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft 9

§ 4. Das „einfache“ Konkurrenzverbot für die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien 24

§ 5. Das Konkurrenzverbot für den Handlungsagenten . . 28

§ 6. Zeitliches Herrschaftsgebiet der Konkurrenzverbote . 29

§ 7. Der dispositive Charakter der Konkurrenzverbote . . 33

II. Abschnitt.

Die Folgen der Verletzung der Konkurrenzverbote.

§ 8. Allgemeines 42

§ 9. Der Anspruch auf Schadensersatz 48

§ 10. Das Eintrittsrecht 50

§ 11. Sonstige Rechte aus einer Verbotsverletzung 55

III. Abschnitt.

§ 12. Die Geltendmachung der Ansprüche 62

IV. Abschnitt.

§ 13. Die Verjährung der Ansprüche 66

Literaturverzeichnis.

Arndt, Die gesetzlichen Konkurrenzverbote im Deutschen Handelsgesetzbuch Inaug.-Diss., Leipzig 1908.

Bamberg, Die gesetzlichen Konkurrenzverbote im Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1897. Inaug.-Diss., Leipzig 1906.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts I. Bd Berlin u Leipzig 1886.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl 1910.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 1. u. 2. Aufl., II. Bd, 2. Abt 1901.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 2. Aufl. 1908.

Ehrenbacher, Der kaufmännische Lehrvertrag. Inaug.-Diss, Erlangen 1907

Gareis, Das Deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. Berlin 1909.

—, Das Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897 mit Anmerkungen, München 1902.

—, Die Verträge zu Gunsten Dritter. Würzburg 1873.

— -Fuchsberger, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Gehrt, Das Konkurrenzverbot im Deutschen Handelsgesetzbuch mit Ausschluß der sogen. Konkurrenz-Klausel. Inaug.-Diss., Leipzig 1901.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897. I. Bd. 1901; II. Bd. 1905.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 3. Aufl., Bd. I. Stuttgart 1891.

v Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. I. Bd. 4. Aufl.

Hasenkamp, Das Konkurrenzverbot nach dem Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1897. Inaug.-Diss., Greifswald 1899.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1900.

Künzel, Das Konkurrenzverbot im Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897. Inaug.-Diss., Leipzig 1905.
Lastig in Endemanns Handbuch des Handelsrechts. Bd. I Leipzig 1881.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.
—, Das Recht der Aktiengesellschaften. II. Bd., Berlin 1904.
— -Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1902.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 12. Aufl 1901.
Oesterhelt, Das gesetzliche Konkurrenzverbot für den Handlungsgehilfen. Inaug.-Diss., Leipzig 1908.
Ritter, Das Handelsgesetzbuch erläutert von. Berlin 1910.
Rustige, Die rechtliche Stellung des Handelsvolontärs. Inaug.-Diss., Tübingen 1908.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1906.
Stichelmann, Der Handlungsgehilfe und die Konkurrenzklausel. Inaug.-Diss., Erlangen 1908.
Tischbein, Die gesetzlichen Konkurrenzverbote des Handelsrechts. Inaug.-Diss., Rostock 1902.
Wendt in Endemanns Handbuch des Handelsrechts. Bd. I. Leipzig 1881.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. Bd. I.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
„ „ Reichsgerichts in Zivilsachen.
„ „ „ „ Strafsachen.
Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes, Guttentag, Verlagsbuchhandlung. Berlin 1897.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allg. Deutschen Handelsgesetzbuches. Herausgegeben von Lutz, Würzburg 1858.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte von Mugdan.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht von Goldschmidt.
Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen von Holdheim.
Deutsche Juristenzeitung von Laband, Berlin.
Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten.
Archiv für die zivilistische Praxis. Herausgegeben von Franklin, Mandry u. a.

§ 1. Einleitung.

Der gewaltige Aufschwung, den Handel und Gewerbe während des vergangenen Jahrhunderts in Deutschland genommen haben, ist sicherlich auch auf die Einführung der Gewerbefreiheit zurückzuführen. Nach harten Kämpfen hat sich die Anschauung durchgerungen, daß grundsätzlich jedem im wirschaftlichen Wettbewerb die Möglichkeit gewährt werden müsse, seine Kräfte frei zu entfalten. Früher vermochten die Zünfte und Gilden, als öffentlich-rechtliche Körperschaften mit eigener Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit, jede ihnen unliebsame und unlautere Konkurrenz zu beseitigen und zu unterdrücken. Wie sehr diese Einrichtungen während der Blütezeit des Zunftwesens für die Entwickelung des deutschen Gewerbes von unschätzbarem Wert waren, so sehr waren sie aber bei Überspannung der Grundsätze für das ganze wirtschaftliche Leben Deutschlands von Nachteil. Schon am Anfang des 19. Jahrhunderts wurden deshalb durchgreifende Reformen zugunsten der Gewerbefreiheit, hauptsächlich in Preußen, in Angriff genommen. Dies Werk ist im großen und ganzen durch die Reichsgewerbeordnung von 1869 vollendet. Gleich der § 1 bestimmt, quasi als Leitgrundsatz des ganzen Gesetzes, daß der Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet ist. Hierunter fällt natürlich auch der Betrieb eines

Handelsgewerbes. Jedoch hat dieser Grundsatz nicht ohne Ausnahme durchgeführt werden können. Im schweren, unerbittlichen Kampf ums Dasein würde er manchem unlauteren Elemente eine nur allzu willkommene Handhabe sein, sich auf Kosten anderer Vorteile zu verschaffen. Diesem entgegenzutreten, sind außer Bestimmungen der Reichsgewerbeordnung selbst und anderer Gesetze namentlich die Konkurrenzverbote auf dem Gebiete des Handelsrechts bestimmt. In den Konkurrenzverboten wird gewissen Personen des Handelsstandes, und zwar den Handlungsgehilfen, Handlungslehrlingen, den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft[1]), den Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft[2]), den persönlich haftenden Gesellschaftern einer Kommanditgesellschaft[3]) und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, ferner in einzelnen Beziehungen auch dem Handlungsagenten die Verpflichtung auferlegt, während der Dauer des Dienst- bezw. Gesellschaftsverhältnisses sich gewisser gewerblicher Tätigkeit zu enthalten. Außerdem ist, um unlauterem Konkurrenzbetrieb von seiten Dritter fernzuhalten, den Handlungsgehilfen, Handlungslehrlingen und Vorstandsmitgliedern einer A.-G. untersagt, anderen Personen, ob für oder ohne Entgelt, Geschäftsgeheimnisse, die ihnen vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, während der Dauer des Dienstverhältnisses zu Zwecken des Wettbewerbes mitzuteilen, und in gleicher Weise ist ihnen verboten, Geschäftsgeheimnisse, deren Kenntnis sie durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten

[1]) Fernerhin A.-G.
[2]) „ O. H.G.
[3]) „ K.-G.

verstoßende eigene Handlung erlangt haben, zu Zwecken des Wettbewerbes unbefugt selbst zu verwenden oder an andere mitzuteilen[1]). Von diesen gesetzlichen Verboten wohl zu unterscheiden ist die sogen. Konkurrenzklausel[2]), d. i. ein vertragsmäßiges Konkurrenzverbot, durch das eine Person für die Zeit nach der Beendigung des Dienst- bezw. Gesellschaftsverhältnisses in ihrer gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird.

Die gesetzliche Normierung der Konkurrenzverbote reicht weit zurück. Schon im Mittelalter treffen wir sie in Statuten Italiens an, dessen Handel damals bereits in größter Blüte stand[3]). In Deutschland finden wir sie zuerst im preußischen Landrecht[4]), das dem „Faktor" verbot, Handelsgeschäfte auf eigene Rechnung zu betreiben. Die Handelsgesetzgebung des vorigen Jahrhunderts hat in ausführlicher Weise diese Verhältnisse geregelt. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch[5]) unterwarf dem Verbote außer dem Prokuristen, Generalhandlungsbevollmächtigten (Art. 56) und Handlungsgehilfen (Art. 59) zugleich die Gesellschafter einer O. H.G. (Art. 96) und die Komplementäre einer K.-G. (Art. 157). Hierzu traten durch die

---

[1]) Vgl. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909, § 17, Abs. 1 u. 2.

[2]) Das H.G.B. hat in den §§ 74 u. 75 nur zugunsten der Handlungsgehilfen und -lehrlinge, als in der Regel wirtschaftlich schwacher und abhängiger und deshalb besonders schutzbedürftiger Personen, der vertragsmäßigen Beschränkung ihrer Handelsfreiheit bestimmte gesetzliche Schranken gezogen, während bei sonstiger Anwendung der Konkurrenzklausel der Grundsatz der unbedingten Vertragsfreiheit gilt. Vgl. jedoch § 138 B.G.B.

[3]) Vgl. Goldschmidt, Bd. 1, S. 249, Note 43.

[4]) A.L.R. II, 8, § 523.

[5]) Fernerhin A. D. H.G.B.

Reformen im Aktienrecht [1]) die Komplementäre einer K.-G. auf Aktien (Art. 196a) und die Mitglieder des Vorstandes einer A.-G. (Art. 232). Wenn auch der Kreis der Personen, die nach dem neuen H.G.B. vom 10. Mai 1897 einem gesetzlichen Konkurrenzverbot unterworfen sind, im wesentlichen der gleiche geblieben ist, so sind im einzelnen die Verbote doch bedeutend geändert worden. Es läge dem Gesetzgeber nahe, Personen, die in einem ähnlichen Rechtsverhältnis wie die Vorstandsmitglieder einer A.-G. stehen, z. B. die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, ebenfalls einem Konkurrenzverbot zu unterwerfen. Jedoch hat das Gesetz betreff. die G. m. b. H. keine ausdrücklichen Vorschriften hierüber erlassen, so daß anzunehmen ist, daß sie bezüglich ihrer Konkurrenztätigkeit nur den ihrem Vertrauensverhältnis entsprechenden Grundsätzen von Treue und Glauben unterworfen sind.

Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, die gegenwärtig geltenden gesetzlichen Konkurrenzverbote des Handelsrechts unter Berücksichtigung der Abweichungen vom alten Recht eingehend darzustellen.

---

[1]) Novelle vom 18. Juli 1884.

I. Abschnitt.

Die gesetzlichen Konkurrenzverbote im Handelsrecht.

1. Teil.

Inhalt der Konkurrenzverbote.

§ 2. Die Konkurrenzverbote im allgemeinen und ihr legislatorischer Grund.

Gesetzliche Konkurrenzverbote auf dem Gebiete des Handelsrechts enthält nur das Handelsgesetzbuch und zwar in den §§ 60, 76, Abs. 1; 112; 161, Abs. 2; 236, 326; 84, Abs. 1.

Nach ihrem Inhalt und legislatorischen Grund zerfallen diese Verbote in zwei große Gruppen. Die eine bilden die Verbote für Handlungsgehilfen, Handlungslehrlinge und Mitglieder des Vorstandes einer A.-G., die andere die Verbote für Gesellschafter einer O.H.G., persönlich haftende Gesellschafter einer K.-G. bezw. einer K.-G. auf Aktien. Dazu tritt noch in § 84, Abs. 1 ein Verbot für Handlungsagenten.

Für die Personen der ersten Gruppe findet sich das Konkurrenzverbot in den §§ 60; 76, Abs. 1; 236. Übereinstimmend ist ihnen verboten, ohne Einwilligung des Prinzipals bezw. der Gesellschaft sowohl ein Handelsgewerbe zu betreiben, wie in dem Handelszweige des Prinzipals bezw. der Gesellschaft für eigene

oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen. Hierzu kommt — aber nur für Vorstandsmitglieder einer A.-G. — das ausdrückliche Verbot der Teilnahme an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter. Die Vorschriften des § 236 H.G.B. finden nach § 242 H.G.B. auch auf die Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern Anwendung mit der Ausnahme des § 248, Abs. 2 H.G.B., daß nämlich Mitglieder des Aufsichtsrates nur für einen im voraus begrenzten Zeitraum zu Stellvertretern von behinderten Mitgliedern des Vorstandes bestellt sind. Bei näherer Betrachtung dieses Verbotes ergibt sich, daß es mehr als ein eigentliches Konkurrenzverbot ist. Es beruht nicht nur auf der ratio, dem Prinzipal bezw. der Gesellschaft eine infolge der Vertrauensstellung, die diese Personen einnehmen, besonders gefährliche Konkurrenz fernzuhalten, sondern es geht auch von der Erwägung aus, der Dienstpflichtige habe seine ganze Arbeitskraft und sein gesamtes Interesse auf die Erfüllung seiner Pflichten zu konzentrieren. Das Blühen und Gedeihen des Geschäftes, dem er dient, soll ihm derart am Herzen liegen, daß er nicht anderweitig tätig wird, gleichgültig, ob dem Geschäfte dadurch Konkurrenz erwächst oder nicht[1]).

Die Verbote für die Personen der zweiten Gruppe sind reine Konkurrenzverbote. Nach § 112 H.G.B ist den Gesellschaftern einer O.H.G. verboten, ohne Einwilligung der andern Gesellschafter sowohl in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte zu machen, wie an einer andern gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter teilzunehmen.

[1]) Vgl. Wendt in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. 1, S. 254.

Diese Vorschriften gelten nach § 161, Abs. 2 H.G.B. auch für die persönlich haftenden Gesellschafter einer K.-G., während die Kommanditisten nach § 165 H.G.B. von dem Verbote nicht betroffen werden. Für die persönlich haftenden Gesellschafter einer K.-G. auf Aktien enthält § 326 H.G.B. die gleiche Bestimmung. Der legislatorische Grund, auf dem diese Verbote beruhen, liegt auf der Hand. Der Gesellschafter hat, ob er zur Geschäftsführung zugelassen ist, oder ob er nur ein Aufsichts- oder Kontrollrecht hat, ja auch infolge gelegentlicher Mitteilungen der auf Redlichkeit vertrauenden geschäftsführenden Gesellschafter, die Möglichkeit, den genauesten Einblick in den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft zu gewinnen. Betreibt er nun neben der Gesellschaft Sondergeschäfte derselben Art auf eigene oder fremde Rechnung, so stellt sich nur allzu leicht eine Interessenkollision ein, die Befürchtung ist allzu begründet, daß er eine sich darbietende Gelegenheit zu vorteilhaften Geschäftsabschlüssen für sich und nicht für die Gesellschaft ausbeuten werde. Dies aber wäre ein Gebahren, das im stande wäre, das Vertrauensverhältnis — die Grundlage eines jeden Gesellschaftsverhältnisses — in schwerster Weise zu erschüttern, und wodurch der Gesellschaft die gefährlichste Konkurrenz bereitet werden könnte. Derartigen Unzuträglichkeiten will das Gesetz von vornherein vorbeugen [1]).

Außer diesen im Handelsgesetzbuch ausdrücklich hervorgehobenen Konkurrenzverboten stellt der § 84 H.G.B. ein gewisses Verbot für den Handlungsagenten

---

[1]) Vgl. Lastig in Erdmanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. 1, S. 372.

auf. Dieser hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen. Mit dieser Pflicht aber ist es unvereinbar, daß er, soweit es in dem betreffenden Handelszweige nicht üblich ist, dem Geschäftsherrn durch anderweitige Geschäfte, die er in derselben Branche macht oder vermittelt, eine unmittelbar schädigende Konkurrenz bereitet[1]). Dem Handlungsagenten ebenfalls die schweren Fesseln des Handlungsgehilfen aufzuerlegen, wie es der erste Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches beabsichtigte, ist infolge Opposition der beteiligten Handelskreise nicht durchgedrungen[2]). Treffend bemerkt hierzu die Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches[3]): „Eine so weit gehende Beschränkung, wie sie nach § 59 (§ 60 neues H.G.B.) die Handlungsgehilfen trifft, läßt sich allerdings den Agenten nicht auferlegen. Da der Gehilfe der Regel nach seine ganze Arbeitskraft in den Dienst des Prinzipals zu stellen hat, so kann ihm überhaupt nicht gestattet sein, eigenen Handel zu treiben oder in dem Handelszweige des Prinzipals irgendwie Geschäfte zu machen. Der Agent findet dagegen in der Vertretung eines einzigen Hauses nur selten eine ausreichende Beschäftigung und ist deshalb von vornherein auf die Übernahme weiterer Agenturen oder auf sonstigen Handelsbetrieb angewiesen. In manchen Fällen wird er sogar, um den Kunden die erforderliche Auswahl zu bieten, genötigt sein, gleichzeitig mehrere Großhändler oder Produzenten zu vertreten, deren Waren, wenn sie auch bestimmte

[1]) Vgl. Goldmann, Bd. 1, § 84, Anm. 2, I, 2, C, S. 402.
[2]) Vgl. Düringer-Hachenburg, Bd. 1 § 84, Anm. 19, S. 495.
[3]) Denkschrift S. 74 ff.

Unterschiede aufweisen, doch derselben Gattung angehören. In gewissen Geschäftszweigen wird dies allgemein als zulässig angesehen. Das Gesetz muß auf diese Verhältnisse Rücksicht nehmen, und der Entwurf sieht deshalb von einer besonderen Bestimmung über die Unzulässigkeit eines Konkurrenzbetriebes für den Agenten ab. Die allgemeine Vorschrift des § 82 (§ 84 neues H.G.B.) über die Pflicht des Agenten das Interesse des Geschäftsherrn zu wahren, wird ausreichen, um im einzelnen Falle unter Berücksichtigung der Art und des Zweckes der Geschäftsverbindung und der in dem betreffenden Handelszweige bestehenden Übung die Grenzen festzustellen, die von dem Agenten hinsichtlich der Vertretung anderer Häuser sowie hinsichtlich des eigenen Handelsbetriebes eingehalten werden müssen."

§ 3. Das „erweiterte" Konkurrenzverbot für Handlungsgehilfen, Handlungslehrlinge und Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft.

Die Vorschriften der §§ 60 und 61 H.G.B., denen zufolge der Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen darf, treten an die Stelle der Art. 56 und 59 A. D. H.G.B. Hiernach durften Prokuristen, Generalhandlungsbevollmächtigte und Handlungsgehilfen ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen. In dieser Bestimmung lag offensichtlich eine große Härte. So war z. B. ein Freund, der für kurze Zeit die Prokura übernommen hatte, diesem Verbote unterworfen, es waren

ihm demnach noch wegen seiner Gefälligkeit in eigenen Geschäftsangelegenheiten die Hände vollständig gebunden. Diesem Mißstande hat das H.G.B. von 1897 Rechnung getragen, indem es den Kreis der Personen auf die Handlungsgehilfen beschränkt. Bevollmächtigte sind dem Verbote nur unterworfen, wenn sie zugleich, wie etwa der durch Dienstvertrag angestellte Prokurist, Handlungsgehilfen sind und zwar nur als solche [1]). Infolge Änderung der Begriffsbestimmung „Handelsgeschäft", wodurch der Unterschied zwischen absoluten und relativen Handelsgeschäften im Sinne des A. D. H.G.B. aufgehoben ist, hat die Fassung des Art. 59 A. D. H.G.B. eine Umgestaltung erfahren. Unter der Herrschaft des A. D. H.G.B. waren Handelsgeschäfte verboten, die relativen Handelsgeschäfte also nur, wenn sie gewerbsmäßig betrieben wurden, durch welches Kriterium sie erst unter die Bestimmungen des Handelsrechts fielen [2]). Die neuen Vorschriften verbieten den Handlungsgehilfen nur, Geschäfte in dem Handelszweige des Prinzipals zu machen, hierin aber nicht nur Handelsgeschäfte, sondern überhaupt irgend ein Geschäft. Wie wir sehen, sind diese Normen teils weniger streng, teils strenger als die des A. D. H.G.B. Bedeutend vergrößert ist der Kreis der Personen, die im neuen H.G.B. von dem Verbote betroffen sind, durch die Erweiterung der Begriffe „Kaufmann" und „Handelsgewerbe". So wird nach § 2 H.G.B. ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, durch Eintragung

[1]) Vgl. Staub, § 60, Anm. 1, S. 289.
[2]) Vgl. v. Hahn, zu Art. 4, § 6, S. 85.

der Firma des Unternehmens in das Handelsregister, ein Handelsgewerbe, der Unternehmer also Kaufmann und seine Gehilfen Handlungsgehilfen, eine Bestimmung, die es im A. D. H.G.B. nicht gab. Auch durch Streichung des Art. 275 A. D. H.G.B., wonach Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte waren, kann ein Unternehmen dieser Branche durch Eintragung der Firma zu einem Handelsgewerbe gemacht werden.

Die §§ 60 und 61 H.G.B. enthalten ein Konkurrenzverbot für die Handlungsgehilfen. Was wir unter einem Handlungsgehilfen zu verstehen haben, sagt uns das Gesetz in § 59:

„Handlungsgehilfe ist, wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist."

Ein wesentliches Erfordernis dieser Begriffsbestimmung ist also, daß die betreffende Person gegen „Entgelt" angestellt ist. Hiernach ist der kaufmännische Volontär, der keinerlei Vergütung für seine Tätigkeit bekommt, kein Handlungsgehilfe. Das Vertragsverhältnis, in welchem Prinzipal und Volontär zueinander stehen, ist kein Dienstvertrag, wie beim Handlungsgehilfen, vielmehr halte ich ein Auftragsverhältnis für gegeben[1]). Finden die Vorschriften der §§ 60 und 61 H.G.B. auch auf ihn Anwendung? Diese Frage ist in der Literatur bestritten. Einige Autoren,

---

[1]) Vgl. Rustige, Inaug.-Diss. Tüb. S. 27 und 28. A. M. Nichelmann, Inaug.-Diss. Erlangen S. 25 und Ehrenbacher, Inaug.-Diss. Erlangen, S. 18, die das Vertragsverhältnis als in der Regel modifizierten Lehrvertrag — der herrschenden Meinung nach also Dienstvertrag — ansehen.

z. B. Staub[1]), wollen alle Vorschriften, die für die Handlungsgehilfen gelten, mit Ausnahme derjenigen, die von der Vergütung handeln, entsprechend auf ihn anwenden, also auch die §§ 60 und 61 H.G.B. Andere, z. B. Goldmann[2]), glauben im Wege der Analogie keine allgemeinen Regeln aufstellen zu können, vielmehr ließe sich das Verhältnis nur von Fall zu Fall durch Erwägung der konkreten Umstände und insbesondere der im Einzelfalle getroffenen Abreden beurteilen. Meiner Meinung nach entspricht es nur der Billigkeit, in voller Strenge die Bestimmungen der §§ 60 und 61 H.G.B. auf den Volontär auszudehnen[3]). Denn er steht, ebenso wie der Handlungsgehilfe, dem Prinzipal gegenüber in einer Vertrauensstellung, er hat die beste Gelegenheit, den Geschäftsbetrieb genau kennen zu lernen, sich über günstige Bezugsquellen und den Kundenkreis zu orientieren. Da kann dem Prinzipal doch nicht zugemutet werden die gefährlichste Konkurrenz zu dulden, ohne sich dagegen wehren zu können![4]).

Gemäß § 60 H.G.B. ist der Handlungsgehilfe in doppelter Weise in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt. Er darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder:

1. ein Handelsgewerbe betreiben, noch
2. in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.

Ad 1. Der Begriff des Handelsgewerbes ergibt sich aus dem H.G.B. Darunter fallen sowohl die Gewerbebetriebe des § 1, Abs. 2, die um ihrer selbst

[1]) § 59, Anm. 10, S. 274.
[2]) § 59, Anm. 1, III, S. 276.
[3]) Rustige, Inaug.-Diss. Tüb. S. 45.
[4]) Vgl. Österheit, Inaug.-Diss. S. 11.

willen, infolge ihrer handelsartigen Natur Handelsgewerbe sind, wie die des § 2 und § 3, Abs. 2, die erst durch Eintragung der Firma ins Handelsregister zu Handelsgewerben werden. Von Wichtigkeit ist die Frage, wann von dem „Betriebe“ eines Handelsgewerbes von seiten des Handlungsgehilfen gesprochen werden kann. Er betreibt ein Handelsgewerbe, wenn er der Träger der aus dem Abschluß der Rechtsgeschäfte entstehenden Rechte und Pflichten ist, also wenn in seinem Namen die Rechtsgeschäfte für das Handelsgewerbe abgeschlossen werden. Daß er selbst tätig wird, ist nicht nötig. Er verletzt also das Verbot schon dann, wenn er zuläßt, daß ein Geschäft in seinem Namen betrieben wird, wenn er auch tatsächlich zum Geschäfte in keiner Beziehung steht; denn er ist ja in rechtlichem Sinne, z. B. wenn sein Name ins Handelsregister eingetragen ist, Geschäftsherr. Es kommt nicht darauf an, ob er ein wirtschaftliches Interesse am Erfolg oder Mißerfolg des Gewerbebetriebes hat, es genügt, wenn er ihn in eigenem Namen, aber für Rechnung eines Dritten als dessen mittelbarer Stellvertreter leitet[1]). Nicht verboten ist natürlich der Betrieb eines Handelsgewerbes in eigenem Namen, aber für Rechnung des Prinzipals; doch muß bei Eröffnung des Geschäfts die diesbezügliche Absicht kund getan werden. Gemäß der Ansicht des Reichsgerichts[2]) muß man, um dem Zwecke des Verbotes gerecht zu werden, auch den Fall für unerlaubt erachten, daß der

[1]) Vgl. Goldmann, Bd. 1, § 1, Anm. 2, I, S. 3 u. 4. Düringer-Hachenburg, Bd. 1, § 1, Anm. 6, S. 105. Staub, § 1, Anm. 16, S. 32.

[2]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, XXV, S. 121.

Gehilfe tatsächlich das Geschäft als sein eigenes und zu seinem Vorteil betreibt, wenn auch zum Schein das Geschäft unter einem fremden Namen betrieben wird und ins Handelsregister eingetragen ist. Bei gegenteiliger Meinung wäre es dem Gehilfen ein Leichtes, durch Vorschieben eines Strohmanns das Gesetz zu umgehen.

In welchem Handelszweige sich das von dem Handlungsgehilfen betriebene Handelsgewerbe bewegt, kommt nicht in Betracht. Untersagt ist nicht nur der Betrieb eines solchen, durch welches dem Prinzipal Konkurrenz erwachsen könnte, sondern überhaupt eines jeden Handelsgewerbes, da er ja nach der ratio legis seine Arbeitskraft nicht durch den Betrieb eines eigenen Geschäfts dem Geschäfte des Prinzipals entziehen soll.

Unter dem Betrieb eines Handelsgewerbes ist nicht nur der Betrieb als Einzelkaufmann, sondern auch die Beteiligung an einer Handelsgesellschaft zu verstehen. Zweifellos fällt unter das Verbot die Beteiligung als Gesellsbhafter einer O. H.G., als persönlich haftender Gesellschafter einer K.-G. und einer K.-G. auf Aktien, dagegen nicht als Aktionär einer A.-G. und als Kommanditist einer K.-G. auf Aktien. Zweifelhaft und bestritten ist die Frage bezüglich des Kommanditisten einer K.-G. Der herrschenden Meinung[1]), die den Kommanditisten einer einfachen K.-G. nicht als Kaufmann, daher eine Beteiligung als solchen nicht

[1]) Vgl. Staub, § 1, Anm. 18, S. 32 u. 33. Goldmann, Bd. 1, § 1, Anm. 2, I, S. 4. Behrend, § 25, S. 105; Arndt, Diss. S. 17. Anderer Meinung: Lehmann-Ring, § 1, Anm. 13, S. 7. v. Hahn zu Art. 4, § 5, Anm. 4. S. 85 und § 8, S. 86. Tischbein, Inaug.-Diss. S. 24.

als Handelsgewerbebetrieb betrachtet, ist wohl der Vorzug zu geben. Denn die Haftung des Kommanditisten für die Schulden der Gesellschaft beschränkt sich nur auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage, er setzt also nicht seine ganze Rechtspersönlichkeit ein. Desgleichen darf sein Name gemäß § 19, Abs. 4 H.G.B. in der Firma der Gesellschaft nicht vorkommen und auch nach § 162 H.G.B. nicht bekannt gegeben werden. Der Betrieb eines Handelsgewerbes als Inhaber einer stillen Gesellschaft, die wohl bemerkt keine Handelsgesellschaft ist, ist verboten, dagegen nicht die Beteiligung an einer solchen als stiller Gesellschafter.

In welchem Zeitpunkt kann man nun den Betrieb eines Handelsgewerbes als begonnen erachten, in welchem Momente würde sich also der Handlungsgehilfe eines Verstoßes gegen das Verbot schuldig machen? Grundsätzlich beginnt der Betrieb eines Handelsgewerbes mit der ersten auf Errichtung desselben gerichteten Handlung, also z. B. bei Warenumsatzgeschäften mit der ersten Anschaffung von Waren, die in dem Geschäfte zum Verkaufe gelangen sollen [1]). Einem abgehenden Gehilfen wird man jedoch nach dem Grundgedanken des Gesetzes Vorbereitungshandlungen für ein erst nach der Beendigung des Dienstverhältnisses zu etablierendes Geschäft, soweit sie nur ihn angehen, und er nicht etwa auch das Publikum auf den zukünftigen Betrieb aufmerksam macht, zugestehen müssen. Er würde also bei Wareneinkäufen, Mieten eines Ladens, Anstellung von Gehilfen u. a. m. nicht verbotswidrig handeln, vorausgesetzt,

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, XXVII, S. 227.

daß dadurch die ihm sonst obliegenden Pflichten nicht vernachlässigt werden [1]).

In § 60 H.G.B. ist das Verbot, ein „Handels"-Gewerbe zu betreiben, ausgesprochen, es erstreckt sich also nicht auf den Betrieb eines Gewerbes, das kein Handelsgewerbe ist. Deshalb ist z. B. einem Gehilfen, der seine Tätigkeit als Handlungsgehilfe nur als Nebenbeschäftigung betreibt, nicht verboten, ein anderes Gewerbe oder einen andern Beruf, wie den eines Künstlers auszuüben [2]). Da aber wohl die Mehrzahl der Fälle anders geartet ist, so folgt aus der Erlaubnis, ein Gewerbe zu betreiben, nicht, daß er jedes Gewerbe in beliebigem Umfang auszuüben berechtigt ist. Er muß sich vielmehr immer seiner Dienstpflichten gegenüber dem Prinzipal bewußt bleiben, widrigenfalls diesem ein wichtiger Grund gegeben wäre, nach § 70 H.G.B. das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.

Ad 2. Die zweite Vorschrift des § 60 H.G.B. verbietet dem Handlungsgehilfen, ohne Einwilligung des Prinzipals in dem Handelszweige desselben für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen. Dies ist, wie aus den Worten „im Handelszweige des Prinzipals" hervorgeht, ein reines Konkurrenzverbot. Wann das Geschäft als in dem Handelszweige des Prinzipals liegend anzusehen ist, muß der Beurteilung des konkreten Falles unter Berücksichtigung der im Handelsverkehr herrschenden Anschauungen und Gebräuche

---

[1]) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 3 S. 80. Vgl. Staub, § 60, Anm. 3, S. 290. Goldmann, Bd. 1, § 60, Anm. 1, IIa, bb, S. 296. Ritter, § 60, Anm. 1, S. 94. Lehmann, Lehrbusch, § 37, S. 199.

[2]) Vgl. Düringer-Hachenburg, Bd. 1, § 60, Anm. 4, S. 419.

überlassen bleiben. Es kommen in Betracht die verschiedenen Arten von Geschäften, die in § 1 Abs. 2 H.G.B. enthalten sind, die verschiedenen Geschäftszweige, ob Import- oder Exportgeschäft, Engros- oder Detailhandel, ferner der Ort der Niederlassung u. a. m. Der Handelszweig des Prinzipals ist der Komplex aller derjenigen Geschäfte, auf welche der Betrieb des Handelsgewerbes gerichtet ist. Ist der Prinzipal Einzelkaufmann, so beschränkt sich der Kreis der verbotenen Geschäfte auf diejenigen, welche er tatsächlich abzuschließen pflegt. Schließt er im Einzelfalle ein Geschäft ab, das völlig aus diesem Rahmen herausfällt, so ist der Gehilfe hinsichtlich dieses dem Konkurrenzverbote nicht unterworfen. So würde man dem Handlungsgehilfen eines Kaffeegroßhändlers, der gelegentlich ein Geschäft in Zucker macht, nicht verbieten können, ebenfalls im Vertrieb von Zucker sich zeitweilig einen Nebenverdienst zu verschaffen. Jedoch ist es dem Prinzipal nicht verwehrt, während der Dauer des Dienstverhältnisses nach jeder Richtung den Kreis seiner Geschäfte zu erweitern. Nicht maßgebend ist, um das Geschäft zu einem verbotenen zu machen, der Umfang des Handelszweiges zurzeit des Eintritts, sondern zur Zeit des Geschäftsabschlusses seitens des Gehilfen. Auch gleichgültig ist es, ob er gerade zum Betriebe eines bestimmten Geschäftszweiges innerhalb des Handelsgewerbes des Prinzipals angestellt ist, verboten sind alle Geschäfte innerhalb des ganzen von diesem betriebenen Handelszweiges. Unter Umständen wird der Fall auszunehmen sein, daß der Prinzipal während des Bestehens des Vertragsverhältnisses ein Geschäft erwirbt, das er völlig gesondert unter einer anderen Firma, und ohne daß

der Gehilfe mit diesem in Berührung kommt, neben dem ersten weiterführt[1]). Ist der Prinzipal eine Gesellschaft, so richtet sich der Umfang des Handelszweiges in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrage[2]).

Dem Handlungsgehilfen ist verboten, einzelne Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals abzuschließen, nicht verwehrt ist es ihm aber, dieses in einer anderen Branche zu tun, die mit der des Prinzipals in keiner Beziehung steht. Es kann also z. B. der Buchhalter eines Getreidehändlers gelegentlich Spekulationen durch An- und Verkauf von Wertpapieren an der Börse vornehmen. Diese Tätigkeit darf aber nicht solchen Umfang annehmen, daß ein Handelsgewerbebetrieb vorliegt. Die Grenze ist schwer zu ziehen; ob das eine oder das andere vorhanden ist, ist quaestio facti. Desgleichen darf er diese Nebengeschäfte nicht so intensiv betreiben, daß dadurch die aus dem Anstellungsvertrag entspringenden Pflichten verletzt werden, da dann dem Prinzipal das Recht zur sofortigen Entlassung nach § 70 H.G.B. gegeben wäre.

Über den Begriff „Geschäfte machen" sagt uns das Gesetz nichts. Wir werden jedenfalls darunter zu verstehen haben, daß eine spekulative Tätigkeit entwickelt wird. Daher ist nicht jedes Kontrahieren im Handelszweige des Prinzipals verboten, sondern nur ein solches, das in der Absicht auf Gewinn entfaltet wird. Liegt diese Absicht vor, dann ist es allerdings gleichgültig, ob ein Gewinn tatsächlich erzielt wird oder nicht. Hiernach ist es selbstverständlich erlaubt,

---

[1]) Vgl. Staub, § 60, Anm. 8, S. 291. Goldmann) Bd. 1, § 60, Anm. 1, II, 2. C, S. 297. Düringer-Hachenburg, Bd. 1, § 60 Anm. 2, S. 418. Arndt, Inaug.-Diss. S. 23.

[2]) Das Nähere darüber siehe unten S. 22 ff.

Geschäfte zur Deckung der persönlichen Lebensbedürfnisse oder zwecks Anlage des eigenen Vermögens zu machen, auch wenn diese in den Handelszweig des Prinzipals fallen. Andernfalls müßte ja der Verkäufer in einem Warenhaus seine sämtlichen Bedürfnisse in dem Geschäfte seines Prinzipals einkaufen, und der Buchhalter eines Bankhauses könnte seine Ersparnisse nicht in Wertpapieren anlegen[1]).

Rechtlich irrelevant ist es, ob das verbotene Geschäft durch den Handlungsgehilfen zum Abschluß gekommen ist oder nicht. Der als Reisender angestellte Gehilfe kann, wenn er in demselben Handelszweige für ein anderes Geschäft tätig ist, gegen den Vorwurf des Geschäftemachens für die andere Firma nicht einwenden, daß er Geschäfte für diese gar nicht zum Abschluß gebracht habe. Es genügt vielmehr, daß er eine spekulative Tätigkeit entwickelt hat, durch die das Interesse seines Prinzipals hätte geschädigt werden können[2]).

Der Ausdruck des Gesetzes „Geschäfte" machen, läßt einen Zweifel aufkommen, ob darunter eine Mehrzahl von Geschäften zu verstehen ist, oder ob der Abschluß schon eines einzigen unter das Verbot fällt. Ohne Bedenken ist nach dem Zwecke des Verbotes in letzterem Sinne zu entscheiden, da der Prinzipal sonst gegenüber einem noch so schädigenden Konkurrenzgeschäft, eben weil vereinzelt vorgenommen,

---

[1]) Vgl. Staub § 60, Anm. 5, S. 291. Makower § 112, Anm. I, c, S. 202. Döringer-Hachenburg, Bd. 1, § 60, Anm. 2, S. 418. Ritter, § 60, Anm. 2, S. 95.

[2]) Vgl. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 1, S. 229. Goldmann, Bd. 1, § 60, Anm. 1, II, 2, C, S. 298.

wehrlos wäre[1]). Der Ansicht Gareis', der Geschäftemachen als Mittelding zwischen einem Handelsgewerbebetrieb und der Vornahme eines einzelnen Handelsgeschäftes definiert, ist nicht beizutreten[2]).

Daß die vom Handlungsgehilfen abgeschlossenen oder vermittelten Geschäfte auch Handelsgeschäfte sind, ist nicht erforderlich. Sie werden es vielmehr in der Regel nicht sein, da der Begriff der absoluten oder objektiven Handelsgeschäfte im H.G.B. nicht existiert, der Gehilfe aber meist kein Kaufmann ist.

Verboten sind Geschäfte für eigene wie für fremde Rechnung. Der Gehilfe darf also nicht als Kommissionär, als Direktor oder Prokurist einer dem Handelszweige des Prinzipals gleichartigen Gesellschaft tätig sein. Ob er dafür eine Vergütung bekommt oder nicht, ist für die Verbotswidrigkeit belanglos. Desgleichen ist es rechtlich unerheblich, in wessen Namen das Geschäft vorgenommen wird, ob in eigenem oder fremdem. Erlaubt ist das Kontrahieren in eigenem Namen, aber für Rechnung des Prinzipals. Nur muß der Gehilfe die Absicht, für seinen Herrn zu arbeiten, bei oder doch unverzüglich nach Abschluß des Geschäfts zu erkennen geben, widrigenfalls er die nachteiligen Folgen des Verbotes auf sich nehmen muß[3]). Geschäfte, die der Handlungsgehilfe unter vorgeschobenem, fremdem Namen mit seinem eigenen Prinzipal — natürlich ohne dessen

[1]) Vgl. Bamberg, Inaug.-Diss. S. 21.

[2]) Vgl. Gareis, Das Handelsgesetzbuch von 1897, § 60, Anm. 3, S. 74.

[3]) Vgl. Behrend, § 45, Anm. 42, S. 325.

Wissen — macht, sind ebenfalls dem Verbote unterworfen[1]).

Alle diese Vorschriften, die für den Handlungsgehilfen gelten, finden gemäß § 76, Abs. 1 H.G.B. auf den Handlungslehrling entsprechende Anwendung.

Das Konkurrenzverbot für die Mitglieder des Vorstandes einer A.-G. im H.G.B. von 1897 stimmt inhaltlich mit demjenigen für die Handlungsgehilfen und -lehrlinge vollkommen überein. § 236 H.G.B. lautet:

„Die Mitglieder des Vorstandes dürfen ohne Einwilligung der Gesellschaft weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen, auch nicht an einer andern Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter teilnehmen."

Diese Bestimmungen sind gegenüber denen des A. D. H.G.B. (Art. 232, 196a) wesentlich verschärft, die sich bei der Regelung der Verhältnisse an die für Mitglieder einer O. H.G. geltenden Vorschriften anschlossen und demgemäß das Verbot auf Geschäfte in dem Handelszweige der A.-G. und auf die Beteiligung an einer andern gleichartigen Handelsgesellschaft beschränkten. Wie die Denkschrift[2]) aber bemerkt, hielt man es bei der Neuregelung der Verhältnisse für zutreffender, hier das Verbot des Handlungsgehilfen zugrunde zu legen, da auch die Mitglieder des Vorstandes einer A.-G. in einem dauernden Dienstverhältnis zu der Gesellschaft ständen und

---

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 45, S. 32. Gareis, Lehrbuch, § 14, S. 65, Anm. 6.

[2]) S. 151.

die Verpflichtung hätten, ihre Tätigkeit der Gesellschaft ungeschmälert zu widmen.

Die oben[1]) beim Konkurrenzverbot für Handlungsgehilfen gegebenen Erörterungen über die Begriffe eines Handelsgewerbebetriebes und des Geschäftemachens im Handelszweige des Prinzipals finden auf das für Vorstandsmitglieder einer A.-G. geltende Verbot entsprechende Anwendung. Zu erwähnen ist, daß in § 236 H.G.B. das Verbot der Beteiligung an einer andern Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter ausdrücklich hervorgehoben ist. Dieser Erwähnung hätte es nicht besonders bedurft, da, wie wir auf S. 14 gesehen haben, dies Verbot in dem allgemeinen des Betreibens eines Handelsgewerbes mitbegriffen ist. Eine Unterscheidung, ob ein Handelsgewerbe von einer Person allein oder mit mehreren zusammen betrieben wird, kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.

Was den Handelszweig einer Gesellschaft anbetrifft, so ist zu betonen, dass zur Abgrenzung in erster Linie der Gesellschaftsvertrag heranzuziehen ist, und zwar nicht nur in seiner ursprünglichen Fassung, sondern mit seinen stillschweigenden oder ausdrücklichen Änderungen, die eine Erweiterung oder Beschränkung des Geschäftsbetriebes enthalten. Daneben ist in einem Falle mehr, im andern weniger der Kreis der tatsächlich von der Gesellschaft betriebenen Geschäfte zu berücksichtigen[2]). Zu weit geht meines Erachtens Staub[3]), der den im Statut festgelegten

[1]) Vgl. oben S. 12 ff.

[2]) Vgl. Ritter, § 236, Anm. 1b, S. 292. Vgl. Makower, § 236, Anm. I, b, 2, S. 505. Lehmann-Ring, Bd. 1, § 236, Anm. 4, S. 473.

[3]) § 236, Anm. 3, S. 799. Ebenso Künzel, Inaug.-Diss. S. 25.

Gegenstand entscheiden läßt, den tatsächlichen Geschäftsbetrieb nur dann, wenn er sich über jenen hinausdehnt, während eine tatsächliche Beschränkung des Geschäftsbetriebes unter denselben den Umfang des Konkurrenzverbotes nicht verringern soll. Meiner Meinung nach kann es sehr wohl Fälle geben, in denen ein Geschäftsabschluß innerhalb des im Gesellschaftsvertrage festgelegten Handelszweiges nicht als gesetzwidrig anzusehen ist. Ein Beispiel[1]: Statutenmäßig wird von der Aktiengesellschaft der Vertrieb von Kolonialwaren und Wein vorgesehen. Trotz längeren Bestandes ist weder ein Weingeschäft tatsächlich abgeschlossen, noch sind die dazu erforderlichen Einrichtungen getroffen. Wenn nun ein Vorstandsmitglied ein vereinzeltes Weingeschäft für Sonderrechnung abschließt, würde dies nach dem Grundgedanken des Gesetzes nicht unter das Verbot des § 236 H.G.B. fallen, da doch von einem Konkurrenzgeschäft nicht die Rede sein kann. Das Verbot von Geschäften in demselben Handelszweige trifft aber z. B. die Annahme der Stellung als Vorstandsmitglied einer andern A.-G. des gleichen Geschäftszweiges, nicht dagegen den Eintritt in den Aufsichtsrat, da dieser im wesentlichen nur Kontrollorgan ist und auf die direkte Geschäftsführung der Gesellschaft meist keinen größeren Einfluß hat[2].

Das Konkurrenzvervot für die Vorstandsmitglieder einer A.-G. erstreckt sich nach § 242 H.G.B. auf ihre Stellvertreter, jedoch nicht auf die, welche vom Auf-

[1]) Vgl. Lastig in Endemanns Handbuch des Handelsrecht, Bd. 1, S. 373.

[2]) Vgl. Makower, § 23b, Anm. I, b, 2, S. 505. Ritter, § 236, Anm. 1, b, S. 292.

sichtsrate aus seiner Mitte nach § 248. Abs. 2 H.G.B. bestellt sind. Desgleichen sind gemäß § 298, Abs. 4 H.G.B. die Liquidatoren einer aufgelösten A.-G. nicht dem Verbote unterworfen.

§ 4. Das „einfache" Konkurrenzverbot für die Gesellschafter einer O.H.G., die persönlich haftenden Gesellschafter einer K.-G. und einer K.-G. auf Aktien.

Der Inhalt des Konkurrenzverbotes für die Gesellschafter einer O. H.G. ergibt sich aus § 112, Abs. 1 H.G.B. Es ist den Gesellschaftern die Verpflichtung auferlegt, ohne Einwilligung der andern Gesellschafter weder

1. in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte zu machen, noch

2. an einer andern gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter teilzunehmen.

Diese Vorschriften finden nach § 161, Abs. 2 H.G.B. auf die persönlich haftenden Gesellschafter einer K.-G. Anwendung. Entsprechend sind die Bestimmungen für die persönlich haftenden Gesellschafter einer K.-G. auf Aktien in § 326 H.G.B.

Die Normen der Art. 96 und 97 A. B. H.G.B. sind mit geringer Abänderung im neuen H.G.B. beibehalten. Die Abweichungen verfolgen hauptsächlich, wie die Denkschrift[1]) bemerkt, den Zweck, die tunlichste Übereinstimmung mit den für die Handlungsgehilfen geltenden Vorschriften herzustellen.

Das Verbot erstreckt sich auf alle Gesellschafter, gleichviel, ob sie an der Geschäftsführung teilnehmen oder nicht, ob sie Kapital einlegen oder nur ihre

[1]) S. 90.

Arbeitskraft beisteuern[1]). Denn nicht nur der geschäftsführende, sondern auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter kann sich nach § 118 H.G.B. von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Bilanz anfertigen. Kraft dieser Befugnisse wäre er imstande, der Gesellschaft eine besonders gefährliche Konkurrenz zu bereiten.

Den Gesellschaftern ist also verboten, im Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte zu machen. Die oben[2]) hierüber ausgeführten Erörterungen finden entsprechende Anwendung. Es erstreckt sich das Verbot, trotzdem es in § 112 H.G.B. nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, auf Geschäfte für eigene wie für fremde Rechnung, z. B. auf die Tätigheit als Kommissionär, Agent, Vorstandsmitglied einer A.-G. Das Verbot, an einer andern Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter teilzunehmen, beschränkt sich hier auf die Teilnahme an einer gleichartigen Gesellschaft. Wenn eine Gesellschaft als „gleichartig“ zu betrachten ist, läßt sich nur im konkreten Fall entscheiden. Es kommt dabei nicht auf die gleichartige juristische Konstruktion an, sondern auf die gleiche Art des Gegenstandes, auf die Gleichartigkeit des Handelszweiges[3]). Verboten ist den Gesellschaftern die Teilnahme an einer gleichartigen Gesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter, also die Teilnahme

---

[1]) Vgl. Staub, § 112, Anm. 1, S. 436.

[2]) Vgl. oben S. 16 ff.

[3]) Vgl. Makower, § 112, Anm. I, d, S. 202. Lehmann-Ring, § 112, Anm. 3, S. 238. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts XVIII, S. 228. Gareis, Lehrbuch, § 14, S. 66 unter 3.

an einer O.H.G., als persönlich haftende Gesellschafter einer K.-G. und einer K.-G. auf Aktien, nicht dagegen die Teilnahme als Aktionär, stiller Gesellschafter oder Kommanditist. Die Beteiligung an einer Erwerbsgesellschaft, die keine „Handels"gesellschaft ist, ist den Gesellschaftern nicht verwehrt, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens ein gleichartiger ist[1]).

Diese Vorschriften finden auf die Kommanditisten keine Anwendung[2]).

Im H.G.B. und in verschiedenen andern Reichsgesetzen treffen wir Personen an, die in einer gleichartigen Rechtsstellung wie die Vorstandsmitglieder einer A.-G. oder die Gesellschafter einer O.H.G. bezw. K.-G. stehen, z. B. die Geschäftsführer einer G. m. b. H., Vorstandsmitglieder einer eingetragenen Genossenschaft, Mitglieder und Geschäftsführer einer stillen Gesellschaft. Es lohnt sich, kurz auf die Frage einzugehen, ob auch diese einem gesetzlichen Konkurrenzverbot während der Dauer des Vertragsverhältnisses unterworfen sind. Bei der Prüfung dieser Frage ergibt sich aber, daß bezüglich der Geschäftsführer einer G. m. b. H. und der Vorstandsmitglieder einer eingetragenen Genossenschaft weder das Gesetz betr. die G. m. b. H. vom 20. April 1892, noch das Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889 in der gedachten Beziehung irgend welche Bestimmungen enthalten. Da diese Gesetze als leges speciales mangels ausdrücklicher Vorschrift keine analoge Anwendung der Normen des H.G.B. gestatten, so muß zugestanden werden, daß

[1]) Vgl. Staub, § 112, Anm. 3, S. 437.

[2]) Vgl. § 165 H.G.B.

diese Personen für gesetzlich befugt erachtet werden, auch in der Branche der Gesellschaft für eigene Rechnung und für Rechnung Dritter selbständig Handelsgeschäfte zu machen oder sich an andern gleichartigen Handelsgesellschaften zu beteiligen. Jedoch darf diese Betätigung nicht ihren Pflichten gegen die Gesellschaft widersprechen, d. h. sie darf sich nicht als eine die Gesellschaft schädigende darstellen. Sollen sie einem Konkurrenzverbot unterstehen, so muss dies im Anstellungsvertrag ausdrücklich hervorgehoben werden[1]).

Desgleichen ist, da das H.G.B. bestimmte Vorschriften nicht getroffen hat, bei dem lockeren, nach außen keine juristische Persönlichkeit und keine kaufmännische Firma schaffenden Gebilde der Rhederei anzunehmen, daß die Mitrheder betreffs andern eigenen Rhedereibetriebes völlig freie Hand haben, insoweit ihre Tätigkeit dem angestrebten Gesellschaftszweck nicht widerspricht[2]).

Anders dagegen verhält es sich mit dem Geschäftsinhaber einer stillen Gesellschaft. Auch für ihn ist zwar kein ausdrückliches Konkurrenzverbot statuiert; doch wird es sich regelmäßig aus dem Gesellschaftsvertrage ableiten lassen[3]). Aus der Natur des mit dem stillen Gesellschafter abgeschlossenen Vertrages ergibt sich die Verpflichtung, keine der stillen Gesellschaft konkurrierenden Geschäfte zu machen. Es würde den Grundsätzen von Treu und Glauben widerstreiten, wollte man dem völlig außerhalb des Geschäftsbetriebes stehenden stillen Gesellschafter diese

---

[1]) Vgl. Cosack, § 218, S. 786 und § 222, S. 803.
[2]) Vgl. Cosack, § 200, S. 705.
[3]) Vgl. Cosack, § 201, S. 713.

Garantie nicht gewähren. Unterlage der Geschäftsinhaber diesem Verbote nicht, so wäre ihm die Möglichkeit gegeben, die mit dem Kapital des stillen Gesellschafters abgeschlossenen, großen Gewinn abwerfenden Geschäfte für sich auszubeuten, während er den stillen Gesellschafter nur an den weniger lukrativen teilnehmen ließe. Für einen ähnlichen Schutz des stillen Gesellschafters spricht auch der § 336 H.G.B. Für den stillen Gesellschafter besteht analog den Vorschriften für den Kommandantisten kein Konkurrenzverbot.

§ 5. Das Konkurrenzverbot für den Handlungsagenten.

Das Konkurrenzverbot für den Handlungsagenten findet sich in § 84 H.G.B. Hier heißt es:

„Wer, ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines Anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des Anderen abzuschließen (Handlungsagent), hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen.“

Der Tätigkeit des Handlungsagenten sind also nur insoweit Schranken gesetzt, als durch sie seine übernommenen Pflichten verletzt werden, und das Interesse seines Geschäftsherrn beeinträchtigt wird. In welchem Umfang der Agent ein eigenes Handelsgewerbe zu betreiben oder Geschäfte in dem Handelszweige des Geschäftsherrn zu machen berechtigt ist, läßt sich nur im konkreten Fall unter Berücksichtigung der oben [1]) erwähnten Grundsätze feststellen.

[1]) Vgl. oben S. 10 ff.

In zweifelhaften Fällen, in denen er nicht ausschließlich für eine Firma tätig ist, verlangen Goldmann[1]), Düringer und Hachenburg[2]), daß er seinem Geschäftsherrn seine anderweitige Tätigkeit nicht verheimliche und vor der Übernahme eines Konkurrenzgeschäftes Mitteilung mache, und legen ihm die Verpflichtung auf, bei Widerspruch des Geschäftsherrn diese Tätigkeit zu unterlassen. Meines Erachtens ist dies mit der Stellung des Agenten als eines selbständigen Kaufmannes nicht vereinbar. Er hat vielmehr den Zweifel selbst und auf eigene Gefahr zu entscheiden. Natürlich ist er verpflichtet, die neue Vertretung erst dann zu übernehmen, wenn sich nach gewissenhafter Prüfung ergeben hat, dass sie mit dem Interesse seines Geschäftsherrn nicht kollidiert[3]).

Bei einer Verletzung des Verbots kommen die später näher zu erörternden Folgen, die eine Übertretung der Konkurrenzverbote in den §§ 3 und 4 nach sich zieht, in Fortfall, es stehen dem Geschäftsherrn nur Ansprüche aus einer Vertragsverletzung nach den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches zu.

II. Teil.

§ 6. Zeitliches Herrschaftsgebiet der gesetzlichen Konkurrenzverbote.

Für die Wirksamkeit der Konkurrenzverbote ist ein bestehendes, noch nicht aufgelöstes Dienst- bezw. Gesellschaftsverhältnis Voraussetzung. Der Beginn der

[1]) Vgl. Goldmann, Bd. 1, § 84, Anm. 2, I, b, S. 403.

[2]) Düringer Hachenburg, Bd. 1, § 84, Anm. 19, S. 495.

[3]) Vgl. Staub, § 84, Anm. 22, S. 361. Bamberg, Inaug.-Diss. S. 33.

Wirksamkeit ist regelmäßig mit dem rechtlich zustande gekommenen Abschluß des Vertragsverhältnisses gegeben, und die Bestimmung dieses Zeitpunktes wird meist keine Schwierigkeiten bereiten. Nicht so offensichtlich wird dagegen manchmal zutage treten, in welchem Zeitpunkt das Konkurrenzverbot für die davon betroffenen Personen seine Wirksamkeit einbüßt. Genügt bereits das tatsächliche Auflösen des Verhältnisses, oder ist die rechtliche Beendigung erforderlich? Hierüber herrscht, da das Gesetz keine bindenden Normen aufstellt, Streit. In einer Entscheidung hat sich das frühere Reichsoberhandelsgericht[1]) dahin ausgesprochen, daß das tatsächliche Auflösen des Vertragsverhältnisses dem Konkurrenzverbot die Wirksamkeit entzieht. Es heißt dort: „Wenn der Bevollmächtigte das Dienst- und Vollmachtsverhältnis einseitig, obgleich ohne Grund, gelöst hat, dürfen die demnächst von ihm gemachten eigenen Geschäfte von dem der Lösung widersprechenden Prinzipal nicht als Geschäfte des letzteren behandelt werden.“ Diese Entscheidung gründet sich aber auf das allgemeine Preußische Landrecht[2]), nach welchem für beide Vertragsteile freies Rücktrittsrecht bestand. Diese Bestimmungen sind durch die des heutigen bürgerlichen Rechts hinfällig geworden. Das Dienstverhältnis endet in rechtlichem Sinne nur nach Ablauf der im Vertrage oder im Gesetz festgelegten Kündigungsfrist, vorausgesetzt, daß eine Kündigung erfolgt ist. Bei Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kommt es darauf an, wann nach § 70

[1]) Entsch. des Reichsobe handelsgerichts, Bd. 16, S. 170.

[2]) A. L.R. Teil I, Tit. 5, § 408. A. L.R. Teil I, Tit. 13, § 159.

H.G.B. das Verhältnis als aufgelöst zu betrachten ist. War der Grund kein wichtiger, so besteht trotz der Kündigung der Dienstvertrag fort. Solange nun aber das Verhältnis zu Recht besteht, bleiben alle gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien unberührt. Kommt z. B. der Dienstpflichtige mit der Leistung seiner Dienste in Verzug, so kann der Berechtigte auf Leistung dieser Dienste klagen[1]). Kommt dagegen der Berechtigte in Annahmeverzug, so kann der Verpflichtete trotz Nichtleistung der Dienste die vereinbarte Vergütung fordern. Wenn auch beim Vorliegen dieser Tatsachen dem andern Teile in der Regel ein wichtiger Grund, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, gegeben sein wird, so bleibt das Dienstverhältnis doch, wenn er von diesem Rechte nicht Gebrauch macht, unverändert bestehen, mithin auch für den Handlungsgehilfen das Konkurrenzverbot. Dies ist die durchaus herrschende Meinung[2]). Zu welch unhaltbaren Konsequenzen die gegenteilige Ansicht führt, ist treffend in einer andern Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[3]) gekennzeichnet: „Beklagter kann sich offenbar durch seinen Kontraktbruch nicht den Vorteil verschaffen, Handlungen, welche bei gebührender Fortsetzung des Dienstverhältnisses widerrechtlich gewesen wären, infolge verweigerter Fortsetzung als rechtlich zulässig betrachten zu dürfen."

[1]) Die Zwangsvollstreckung gemäß § 888, Abs. 1 Z.P.O. ist nach Abs. 2 daselbst allerdings unzulässig, da eine Erzwingung solcher Leistungen den heutigen sozialpolitischen Rechtsgrundsätzen widerstreiten würde.

[2]) Vgl. Goldmann, Bd. 1, § 60, Anm. 1, I, 2, S. 294. Staub § 60, Anm. 2, S. 290: Makower, § 60, Anm. I, S. 113 Gareis-Fuchsberger, Komm. zu Art. 56, Note 93, S. 164.

[3]) Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. 1, S. 42.

Dernburg[1]), Düringer nnd Hachenburg[2]) stehen auf einem andern Standpunkt. Sie wollen die tatsächliche Dauer des Dienstverhältnisses entscheiden lassen[3]). Sie führen ins Feld, daß die Rechtfertigung des Verbotes auf das tatsächliche Dienstverhältnis sich gründe, daß eine Aneignung des Gewinnes aus Geschäften, die erst nach Austritt aus der Stellung abgeschlossen seien, eine Unbilligkeit und Härte sei. Diese Argumente sind nicht überzeugend. Wenn der Dienstpflichtige widerrechtlich seine Stellung aufgibt und ein Konkurrenzgeschäft errichtet, so liegt darin, wie der Fall auch immer gestaltet sein mag, eine Handlung wider Treue und Glauben, und ihn mögen die Folgen in ihrer ganzen Schwere treffen. Vielmehr würde ich es für eine Unbilligkeit halten, wollte man dem Prinzipal bezw. der Gesellschaft lediglich den Schadensersatzanspruch wegen unzeitigen Verlassen des Dienstes, der in vielen Fällen dem ihnen durch das Konkurrenzgeschäft erwachsenen Schaden nicht gleichkommt, zusprechen. Ich neige dahin, ihnen, über die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts hinausgehend, die vollen Rechte der §§ 60, 61, 236 H.G.B. zu gewähren. Bezüglich des Verbotes für die Vorstandsmitglieder einer A.-G. sei noch erwähnt, daß der gehörige Widerruf der Bestellung zum Vorstand die Wirksamkeit des Verbotes beendigt, gleichgültig, ob hierdurch gleichzeitig das zugrunde liegende Dienstverhältnis zur Gesellschaft ohne weiteres gelöst wird — dies die

---

[1]) Das Bürgerl. Recht, Bd. II, § 310, S. 408.

[2]) Bd. 1, § 60, Anm. 3, S. 418.

[3]) Ebenso v. Hahn, zu Art. 56, § 7, Anm. 12, S. 296. Isay, Geschäftsführung nach dem B.G.B., S. 122.

Ansicht Goldmanns[1]) —, oder ob es unter Umständen weiter bestehen bleibt — dies die Ansicht Staubs[2]). Denn das Verbot bezieht sich nur auf die Eigenschaft als Vorstandsmitglied.

Das Verbot für die Gesellschafter einer O. H.G., die persönlich haftenden Gesellschafter einer K.-G. und einer K.-G. auf Aktien verliert seine Geltung in dem Augenblick des Ausscheidens aus der Gesellschaft oder der Auflösung derselben. Während des Zustandes der Liquidation besteht es gleichfalls nicht mehr, da der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft sich auf die Abwickelung der bei ihrer Auflösung schwebenden Geschäfte beschränkt, eine Beeinträchtigung seitens der Gesellschafter also nicht mehr möglich ist[3]).

3. Teil.

§ 7. Der dispositive Charakter der Konkurrenzverbote.

Die Konkurrenzverbote sind im Interesse des Prinzipals bezw. der betreffenden Handelsgesellschaft aufgestellt, sie bezwecken den Schutz derselben. Wenn diese nun aber aus irgend einem Grunde dieses Schutzes entbehren zu können oder eines größeren zu bedürfen glauben, so liegt für den Gesetzgeber, solange die Vereinbarungen mit den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht kollidieren, keine Veranlassung vor, einzugreifen. Deshalb gelten die Be-

[1]) Vgl Bd. 2, § 231, Anm. 25, S. 970.

[2]) Vgl. § 231, Anm. 19, S. 778.

[3]) Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts, XXI, S. 145. Keyssner in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. X, S. 369. Ritter, § 112, Anm. 3, S. 156.

stimmungen nicht kraft zwingenden Rechts, sondern sie sind dispositiver Natur.

Ob die Vereinbarungen den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts entsprechen, läßt sich nur nach den konkreten Tatumständen beurteilen. Bei der Auslegung der vertragsmäßig festgestellten Grenzen des Konkurrenzverbotes sind hauptsächlich die Vorschriften in den §§ 138 und 157 B.G.B. zu berücksichtigen. Betreibt z. B. der Handlungsgehilfe seine Tätigkeit nur als Nebenbeschäftigung, indem er an einzelnen Stunden des Tages die Bücher des Prinzipals nachträgt, — wofür er naturgemäß eine äußerst niedrige Vergütung bekommt —, so wäre eine Vereinbarung mit dem Prinzipal, kein Gewerbe zu treiben, keinen Beruf auszuüben oder auch keine Geschäfte in einem andern Handelszweige als dem des Prinzipals zu machen, als den guten Sitten zuwiderlaufend nichtig. Ebenso würde ein Vertrag unverbindlich sein, wenn der Prinzipal nach der Art seines Geschäfts und der Art der Beschäftigung des Gehilfen überhaupt kein berechtigtes Interesse an dem vertragsmäßigen Konkurrenzverbot haben kann. Die richterliche Entscheidung kann aber die Vereinbarung nur entweder für voll wirksam oder für unwirksam erklären. Vorschriften, die denen in § 74 H.G.B. analog wären, sind von der Anwendung ausgeschlossen. Diese enthalten durch ihre starke Berücksichtigung der Billigkeit Ausnahmebestimmungen, aufgestellt zum Schutze der wirtschaftlich schwachen Handlungsgehilfen für eine Zeit, während welcher sie nicht mehr den Unterhalt von ihrem Prinzipal beziehen, keinenfalls aber für die Zeit, in der dies der Fall ist. Hätte der Gesetzgeber hier einen ähnlichen Schutz anerkennen

wollen, so hätte es einer ausdrücklichen Vorschrift bedurft, einer entsprechenden Anwendung auf andersartige Rechtsverhältnisse sind diese Ausnahmebestimmungen nicht fähig. Vertragsmäßig also kann das Verbot erweitert, eingeengt oder auch gänzlich aufgehoben werden. So kann z. B. der Prinzipal seinem Handlungsgehilfen verbieten, außerhalb seines Handelszweiges Einzelgeschäfte für Sonderrechnung zu machen, den Vorstandsmitgliedern kann in den Statuten der A.-G. freigestellt werden, für sich ein Handelsgewerbe zu betreiben[1]), Konventionalstrafen können für den einzelnen Fall der Verbotsübertretung vereinbart werden u. a. m. Dieser dispositive Charakter ergibt sich deutlich aus den Worten des Gesetzes: der Handlungsgehilfe u. s. w. darf „ohne Einwilligung“ . . . Die Einwilligung der in Frage kommenden Person beseitigt also die Rechtswidrigkeit. Nach dem Sprachgebrauch des B.G.B., der auch für das H.G.B. gilt, ist Einwilligung die vorherige Zustimmung[2]), der Handlungsgehilfe z. B. muß sich also vor der Vornahme der verbotenen Handlung der Zustimmung seines Prinzipals vergewissern. Die Folgen einer gesetzwidrigen Tätigkeit können aber auch durch nachträgliche Zustimmung abgewendet werden. Diese, im B.G.B.[3]) Genehmigung genannt, läßt die Handlung an und für sich verbotswidrig, sie stellt nur einen Verzicht auf die Ansprüche aus der Übertretung dar. Die Behauptung Goldmanns[4]), daß Einwilligung und

[1]) Entscheidung des Oberlandesgerichts Rostock in „Deutsche Juristen-Zeitung“, Jahrgang 1900, S. 188.

[2]) Vgl. § 183 B.G.B.

[3]) Vgl. § 184 B.G.B.

[4]) Bd. 1, § 60, Anm. 1, II, 1, a, S. 295.

Genehmigung hier, wie es im A. D. H.G.B. der Fall war, gleicher Bedeutung seien, kann mit den Bestimmungen des B.G.B. nicht in Einklang gebracht werden.

Die Einwilligung zu der an sich verbotenen Handlung wird dem Handlungsgehilfen durch den Prinzipal erteilt. Sie wird unter Umständen ersetzt durch die des gesetzlichen Vertreters oder des Prokuristen, ja auch des Handlungsbevollmächtigten, sofern es innerhalb der ihm nach § 54 H.G.B. verliehenen Machtbefugnisse liegt. Ist eine Handelsgesellschaft der Prinzipal, so wird die Einwilligung als eine Rechtshandlung, die der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft gewöhnlich mit sich bringt, durch die geschäftsführenden Organe erteilt. Soll einem Gesellschafter einer O. H.G. gegenüber das Verbot außer Kraft gesetzt werden, so ist die Zustimmung etwa nur der geschäftsführenden Gesellschafter oder eines Prokuristen nicht hinreichend, vielmehr müssen alle übrigen, auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter der Erteilung zustimmen, da der Konkurrenzbetrieb eines Gesellschafters die Interessen jedes andern bedroht. Widerspricht auch nur einer, während alle andern die Einwilligung erteilen, so bleibt das Verbot in vollem Umfang bestehen[1]). Bei der K.-G. müssen außer den persönlich haftenden Gesellschaftern auch die Kommanditisten einverstanden sein. Will ein Vorstandsmitglied einer A.-G. von dem Verbote befreit sein, so wird die Einwilligung durch dasjenige Organ der Gesellschaft erteilt, welchem die Bestellung des Vorstandes obliegt. Dies wird wohl meistens der

[1]) Vgl. Staub, § 112, Anm. 4, S. 437. Makower, § 112, Anm II, a, S. 203. Lehmann-Ring § 112, Anm. 4, S. 239.

Aufsichtsrat sein. Für die K.-G. auf Aktien gelten die Vorschriften des § 326 H.G.B.:

„Die Erteilung wird durch die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und, sofern nicht die Befugnis zur Erteilung durch den Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluß der Generalversammlung dem Aufsichtsrat übertragen ist, durch die Generalversammlung erteilt."

Nicht notwendig ist, daß die zur verbotenen Konkurrenztätigkeit erforderliche Einwilligung bereits im Dienst- oder Gesellschaftsvertrag erteilt wird, sie kann auch später durch einen besonderen Rechtsakt gegeben werden.

Die Erteilung der Einwilligung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Sie ist also formfrei und kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen[1]). Ob eine Einwilligung vorliegt, muß die Lage des Einzelfalles ergeben. Bei der Beurteilung muß man auf die im Verkehr herrschenden Anschauungen und die Grundsätze von Treue und Glauben Rücksicht nehmen. Hat z. B. der Prinzipal von einem von dem Handlungsgehilfen verbotswidrig betriebenen Handelsgewerbe Kenntnis erhalten und längere Zeit von seinem Rechte des Widerspruchs und des Verbotes keinen Gebrauch gemacht, so wird man in der Regel seine Einwilligung annehmen müssen[2]).

Wie im allgemeinen die Einwilligung stillschweigend erteilt werden kann, so bedarf es auch keiner ausdrücklichen Willensäußerung, um das Verbot in Kraft zu setzen. Hiervon hat das Gesetz

[1]) Vgl. Staub, § 60, Anm. 9, S. 292. Düringer-Hachenburg, § 60, Anm. 5, S. 419.

[2]) Vgl. Staub, § 60, Anm. 9, S. 292.

jedoch einige Ausnahmen gemacht. In § 60, Abs. 2 H.G.B. heißt es:

„Die Einwilligung zum Betriebe eines Handelsgewerbes gilt als erteilt, wenn dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehilfen bekannt ist, daß er das Gewerbe betreibt, und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebes nicht ausdrücklich vereinbart."

Die Voraussetzung dieser Bestimmungen ist eine doppelte. Einmal muß dem Prinzipal bei Eingehung des Dienstvertrages bekannt sein, daß der Handlungsgehilfe ein Handelsgewerbe betreibt. Woher er diese Kenntnis hat, ist gleichgültig. Nicht braucht der Gehilfe ihm von dem Betriebe Mitteilung gemacht zu haben, er kann davon auch durch eigene, zufällige Wahrnehmung erfahren haben. Erforderlich aber ist, daß er von dem Betriebe tatsächlich Kenntnis hat, ein bloßes Kennenmüssen genügt nicht[1]). Ist die Einwilligung nicht durch den Prinzipal selbst, sondern durch seinen gesetzlichen Vertreter oder Prokuristen zu erteilen, so ist dessen Kenntnis bei der Anstellung erforderlich und ausreichend. Erfährt der Prinzipal erst nach Abschluß des Vertragsverhältnisses von dem Betriebe, dann ist es Frage des einzelnen Falles, ob in seinem Verhalten und Stillschweigen trotz Kenntnis der Verletzung des Verbotes eine Genehmigung zu finden ist. Die Einwilligung des Prinzipals gilt als erteilt, wenn ihm „der Betrieb eines Handelsgewerbes" bekannt ist, die Vorschriften des § 60, Abs. 2 H.G.B. können also nicht auf den Fall in Anwendung kommen, daß dem Prinzipal bei der Anstellung bekannt war, daß der Gehilfe vor seinem Engagement einzelne in

[1]) Vgl. Staub, § 60, Anm. 9, S. 291. Ritter, § 60, Anm. 3, S. 95.

dessen Handelszweig fallende Geschäfte abgeschlossen hat[1]). Hier ist eine ausdrückliche Vereinbarung, dies fortan zu unterlassen, nicht notwendig. In derartigen Fällen kann der Prinzipal mit Recht erwarten, daß der Handlungsgehilfe auch ohne besondere Aufforderung allen Pflichten, die ihm aus dem Dienstverhältnis entspringen, nachkommen, daß er also in Zukunft den Abschluß solcher Geschäfte unterlassen werde[2]).

Zum andern muß der Prinzipal, wenn er Kenntnis von dem Betriebe eines Handelsgewerbes hat, die Aufgabe desselben mit dem Gehilfen ausdrücklich vereinbaren. Wann eine Vereinbarung als ausdrücklich anzusehen ist, ist quaestio facti. Jedenfalls muß eine übereinstimmende Willenserklärung beider Parteien gefordert werden. Eine einseitige Verbotserklärung seitens des Prinzipals, auf die der Gehilfe nicht eingeht, ist nicht genügend[3]).

Sind beide Erfordernisse gegeben, so gilt die Einwilligung des Prinzipals als erteilt. Das Gesetz stellt eine praesumtio iuris et de iure auf, denn ein Gegenbeweis ist nicht zulässig[4]).

Analog den Bestimmungen für die Handlungsgehilfen sind die für die Gesellschafter einer O. H.G. in § 112, Abs. 2 H.G.B., die nach § 161, Abs. 2 H.G.B.

---

[1]) Vgl. Lehmann, Lehrbuch, § 37, S. 200. Gareis, Lehrbuch, § 14, S. 65, Anm. 4.

[2]) Vgl. Goldmann, Bd. 1, § 60, Anm. 2, S. 298. Makower, § 60, Anm. II, S. 113.

[3]) Vgl. Gareis, Das H.G.B. von 1897, § 60, Anm. 7, S. 75. Ritter, § 60, Anm. 3, S. 95. Künzel, Inaug.-Diss. S. 22.

[4]) Vgl. Goldmann, Bd. 1, § 60, Anm. 2, II, S. 299. Tischbein, Inaug.-Diss. S. 86. Bamberg, Inaug.-Diss. S. 68. A. M. Staub, § 60, Anm. 9, S. 292, der eine Fiktion annimmt.

auf die persönlich haftenden Gesellschafter einer K.-G. Anwendung finden:

„Die Einwilligung zur Teilnahme an einer andern Gesellschaft gilt als erteilt, wenn den übrigen Gesellschaftern bei Eingehung der Gesellschaft bekannt ist, daß der Gesellschafter an einer andern Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnimmt, und gleichwohl die Aufgabe dieser Beteiligung nicht ausdrücklich bedungen wird."

Entscheidend ist hier die Kenntnis aller andern Gesellschafter, bei der K.-G. also auch die der Kommanditisten. Die Vermutung der Einwilligung greift Platz nur bei der Kenntnis der Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter, erstreckt sich aber nicht auf verbotswidrige Konkurrenzgeschäfte im Handelszweige der Gesellschaft.

Für die Vorstandsmitglieder einer A.-G. und die persönlich haftenden Gesellschafter einer K.-G. auf Aktien hat das Gesetz eine Vermutung der stillschweigenden Einwilligung nicht gegebeu. Daraus folgern Lehmann und Ring[1]), daß jede Einwilligung oder Genehmigung ausdrücklich erteilt werden müsse. Meines Erachtens ist in der Kenntnis und dauernden Duldung z. B. eines Handelsgewerbebetriebes durch ein Vorstandsmitglied seitens aller Mitglieder derjenigen Behörde, die die Einwilligung nach § 236, Abs. 1, Satz 2 H.G.B. zu erteilen hat[2]), eine Zustimmung zu finden. Eines förmlichen Beschlusses wird

---

[1]) Vgl. § 236, Anm. 5, S. 473. Ebenso Hasenkamp, Inaug.-Diss. 59 und 60.

[2]) Vgl. oben S. 36.

es nur bedürfen, falls der Generalversammlung dieses Recht zusteht[1]).

Ob eine einmal erteilte Einwilligung wieder zurückgenommen werden kann, ist streitig. Sicher ist wohl, daß eine beim Abschluß des Dienst- bezw. Gesellschaftsvertrages gegebene Zustimmung nicht einseitig durch den Prinzipal bezw. die Gesellschaft rückgängig gemacht werden kann, da sie sich dann als Teil des Vertrages darstellt. Ebenso kann die Einwilligung zum Betriebe eines Handelsgewerbes nicht beliebig widerrufen werden, da meist dauernde, nicht ohne Verlust zu beseitigende Anlagen vorhanden sein werden[2]). Ist aber die Einwilligung nur zu einem einzelnen Geschäft erteilt, so kann daraus nicht die Zustimmung zu andern, wenn auch gleichartigen gefolgert werden. In solchem Falle muß dem Prinzipal bezw. der Gesellschaft das Recht zugestanden werden, jederzeit die fernere Tätigkeit zu untersagen.

---

[1]) Vgl. Makower § 236, Anm. II, S. 506. Staub, § 236, Anm. 6, S. 799 und Anm. 7, S. 800.

[2]) Vgl. Makower, § 60, Anm. II, S. 113.

II. Abschnitt[1]).

Die Folgen der Verletzung der Konkurrenzverbote.

§ 8. Allgemeines.

Die Konkurrenzverbote, deren Inhalt wir im I. Abschnitt kennen gelernt haben, sind zum Schutze der privaten Interessen des Prinzipals bezw. der Gesellschaft aufgestellt. Indem das Gesetz hier die Rechte und Pflichten der Beteiligten ordnet, spricht es nur aus, was mangels entgegenstehender Abreden als durch den Vertrag vereinbart zu gelten hat. Die Verletzung des Konkurrenzverbotes stellt sich deshalb nicht dar als Verstoß gegen eine gesetzliche Pflicht, sondern als Verstoß gegen eine kraft Gesetzes unmittelbar aus dem Vertrage entspringende Verpflichtung. Es ist also natürlich, daß aus einer Verletzung des Verbots nur Ansprüche für den Prinzipal bezw. die Gesellschaft erwachsen; Dritte werden davon in keiner Weise berührt.

Alle eine Übertretung des Konkurrenzverbotes enthaltenden Rechtsgeschäfte büßen an ihrer juristi-

[1]) Wenn in der folgenden Ausführung nichts anderes hervorgehoben ist, gilt das vom Verbote für Handlungsgehilfen Gesagte mit den entsprechenden Modalitäten für alle gesetzlichen Konkurrenzverbote.

schen Wirksamkeit nichts ein[1]). Daraus ergibt sich, daß ein Handlungsgehilfe, der ein Handelsgewerbe betreibt, Kaufmann ist. Die Eintragung seiner Firma ins Handelsregister darf nicht deshalb vom Richter abgelehnt werden, weil sein Handeln verbotswidrig ist. Desgleichen kann ein Geschäft, das gegen ein Verbot verstößt, weder von dem Kontraktbrüchigen noch von dem Dritten angefochten werden, gleichgültig, ob der letztere in Kenntnis oder Unkenntnis der Pflichtverletzung seines Gegners kontrahierte, ob er also in bona oder mala fide handelte. Der Kontraktbrüchige ist, wie Wendt[2]) treffend sagt, nicht im Können, sondern nur im Dürfen beschränkt. Diese Auffassung wird unterstützt durch die auch für das H.G.B. geltende Sprachweise des B.G.B. Die Verbote beginnen: „Der Handlungsgehilfe u. s. w. ‚darf nicht' . . .". Hierdurch wird ausgesprochen, daß die betreffenden Handlungen zwar verboten sind und auch gewisse Rechtsfolgen nach sich ziehen, keineswegs aber, daß sie rechtlich ungültig sind. Sollte dies beabsichtigt sein, so müßte es heißen: „kann nicht". Daß die Gültigkeit der Handlungen gewollt ist, geht zudem aus dem unten näher zu erörternden sogen. Eintrittsrechte des Prinzipals hervor. Dies Recht hat die Gültigkeit der Geschäfte zur unabweisbaren Voraussetzung.

Die dem Prinzipal gewährten Rechte sollen ihm die Möglichkeit geben, für erlittenen Schaden Ersatz

---

[1]) Vgl. Lehmann-Ring, § 61, Anm. 1, S. 159. Staub, § 61, Anm. 7, S. 293. Cosack, § 19, S. 88. Behrend, § 45, S. 325. Lehmann, Bd. II, S. 255. Seufferts Archiv, Bd. 23, Nr. 52, S. 426.

[2]) Vgl. Wendts Ausführung in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, I, S. 257.

zu fordern oder die verbotswidrig abgeschlossenen Geschäfte an sich zu ziehen. Daneben kommen noch andere, minder wichtige Rechte in Betracht, wie das der sofortigen Auflösung des durch die Verletzung des Verbotes erschütterten Dienstverhältnisses, das der Klage auf Rechnungslegung u. a. m.

Die beiden wichtigsten Rechte also sind[1]):

1. der Schadensersatzanspruch und

2. das sogen. Eintrittsrecht, d. h. der Prinzipal kann verlangen, daß der Handlungsgehilfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus den Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

In dieser Bestimmung ist ausdrücklich festgestellt, daß der Prinzipal die Herausgabe einer Vergütung beanspruchen kann, die der Gehilfe aus dem Abschluß von Geschäften für Rechnung Dritter bezogen hat. Dies Recht ist ihm unter der Herrschaft des A. D. H.G.B. von Literatur und Praxis fast durchweg verweigert worden[2]).

Wenn in diesem Punkte das Recht des Prinzipals im neuen H.G.B. in wohlbegründeter Weise erweitert worden ist, so ist es in anderer Hinsicht aber bedeutend beschränkt. Die dem Prinzipal zustehenden Ansprüche sind ihm nicht nebeneinander, sondern nur wahlweise gegeben, was, wie es in der Denkschrift

---

[1]) Vgl. §§ 61, Abs. 1; 113, Abs. 1; 236, Abs. 2; 326, Abs. 2 H.G.B.

[2]) Vgl. Gareis-Fuchsberger zu Art. 56, Note, 93 S. 164. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. VIII, S. 48 ff.

heißt, der Billigkeit entspräche. In Art. 56, Abs. 3 A. D. H.G.B. hieß es: „Übertritt der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte diese Vorschrift, so kann der Prinzipal Ersatz des verursachten Schadens fordern. Auch muß sich der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen, daß die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehen werden.“ Die Ausdrucksweise „Auch muß sich . . .“ wurde allgemein kumulativ gedeutet[1]), so daß dem Prinzipal beide Rechte nebeneinander gegeben waren. In den Bestimmungen des neuen H.G.B. lautet es aber „statt dessen“, es ist also klargestellt, daß der Prinzipal die Rechte nur elektiv hat. Ob dies der Billigkeit entspricht, wird bei näherer Betrachtung sehr zweifelhaft erscheinen. Es kann Fälle geben[2]), in denen das Eintrittsrecht dem Prinzipal den ihm entstandenen Schaden nicht immer deckt, und das Eintrittsrecht für ihn trotzdem von größter Wichtigkeit ist, z. B. der Prinzipal tritt in Geschäfte ein, die ihm vielleicht Schaden bringen, nur um sich die Kundschaft zu erhalten. Daß er sich in einem solchen Fall von dem kontraktbrüchigen Gehilfen den Schaden nicht ersetzen lassen kann, entspricht nicht unserm Rechtsempfinden. Wenn ihm dagegen die Rechte kumulativ zuständen, so wäre er stets vor Schaden bewahrt, über eine vollständige Entschädigung hinaus

---

[1]) Vgl. v. Hahn zu Art. 56, § 5, S. 295. Behrend, § 45, Anm. 49, S. 326. Wendt in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. 1, S. 260.

[2]) Vgl. Lehmann im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 86, S 309.

könnte er so wie so nach den Grundsätzen der sogen. Klagenkonkurrenz[1]) keine Ansprüche geltend machen.

In den andern Vorschriften des A. D. H.G.B., in denen Konkurrenzverbote enthalten waren, standen übrigens den Berechtigten die Ansprüche auch nur elektiv zu.

Der Schadensersatzanspruch und das Eintrittsrecht stehen dem Prinzipal wahlweise zu. Voraussetzung des Schadensersatzanspruches ist, daß eine Vermögensbeschädigung nachgewiesen werden, andernfalls nur das Eintrittsrecht geltend gemacht werden kann, und zwar dieses ohne Rücksicht, ob ein Schaden entstanden ist oder nicht. In Fällen dagegen, in denen es der Natur der Sache nach unmöglich ist, das Eintrittsrecht auszuüben, z. B. bei der verbotswidrigen Beteiligung an einer Handelsgesellschaft, kann nur Schadensersatz gefordert werden. Ist nun ein Schaden entstanden und zugleich das Eintrittsrecht möglich, so steht dem Prinzipal die Wahl zwischen beiden Ansprüchen zu. Liegt hier ein Wahlschuldverhältnis im Sinne der §§ 262 ff. B.G.B. oder eine facultas alternativa vor? Von einer facultas alternativa spricht man, wenn eine Leistung geschuldet wird, es aber im Belieben des Gläubigers oder des Schuldners steht, statt der ursprünglich geschuldeten eine andere zu fordern oder zu bewirken. Ein Wahlschuldverhältnis ist vorhanden, wenn mehrere Leistungen derart den Inhalt einer Verbindlichkeit bilden, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist; die Schuldverpflichtung umfaßt mehrere Leistungen,

[1]) Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. l. 57, dig. de reg. iuris. 50. 17. Vgl. Windscheid, Bd. 1, § 121, S. 343.

die Erfüllungspflicht erstreckt sich nur auf eine. Staub[1]) und andere sind der Meinung, daß es sich hier um eine facultas alternativa handele, und ziehen daraus die notwendige Konsequenz, daß der Handlungsgehilfe nicht befugt sei, dem Prinzipal eine Frist zur Vornahme der Wahl zu bestimmen. Meines Erachtens aber sind beide Leistungen, der Ersatz des Schadens wie das Dulden des Eintritts in die Geschäfte, in obligatione derart, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist[2]). Es finden daher die Vorschriften der §§ 262 ff. B.G.B. Anwendung. Das Wahlrecht steht nicht, wie § 262 B.G.B. „im Zweifel" bestimmt, dem Schuldner, sondern in jedem Falle dem Gläubiger, d. h. dem Prinzipal zu. Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Handlungsgehilfen, sie ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Der Erklärung steht die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs gleich[3]). Durch Vornahme eines dieser Willensakte wird das Schuldverhältnis auf die gewählte Leistung konzentriert, die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete. § 263, Abs. 2 B.G.B. Der Handlungsgehilfe kann, falls die Vorschriften der §§ 293 ff. B.G.B. zutreffen, den Prinzipal zur Vornahme der Wahl unter Bestimmung einer angemessenen Frist auffordern. Ist die Frist abgelaufen, ohne daß der Prinzipal die Wahl rechtzeitig vorgenommen hat, so geht das Wahlrecht auf den

---

[1]) Vgl. § 61, Anm 1, S. 292. Ebenso Hasenkamp, Inaug.-Diss. S. 40 und Gehrt, Inaug.-Diss. S 33.

[2]) Vgl. Goldmann, § 61, Anm. 1, S. 300.

[3]) Vgl Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. VII, S. 149. Ritter, § 61, Anm. 3, S. 96.

Handlungsgehilfen über[1]). Dies entspricht der Billigkeit; andernfalls wäre dem Prinzipal — namentlich bei Börsengeschäften — die Handhabe geboten, auf Gefahr und Kosten des Handlungsgehilfen zu spekulieren, ein Gebahren, das unserm Rechtsgefühl widersprechen muß[2]).

§ 9. Der Anspruch auf Schadensersatz.

Nach § 61, Abs. 1 H.G.B.[3]) steht dem Prinzipal wegen der Übertretung des Konkurrenzverbotes seitens des Handlungsgehilfen das Recht zu, Schadensersatz zu fordern. Diese Befugnis ist aber nur hypothetisch von Bedeutung und ist wertlos, wenn der Prinzipal keine Vermögensbeschädigung erlitten hat oder doch nicht nachweisen kann, was z. B. oft der Fall sein wird, wenn der Gehilfe außerhalb des Handelszweiges des Prinzipals in geringem Umfang ein Handelsgewerbe betreibt. Eine weitere Voraussetzung ist, daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und dem verbotswidrigen Handeln des Gehilfen besteht, und endlich, daß ein Verschulden desselben vorhanden ist. Dieses wird wohl meistens vorliegen; eine Ausnahme wäre z. B. entschuldbarer Irrtum über die Einwilligung. Hier hätte aber nicht etwa der Prinzipal das Verschulden des Gehilfen zu beweisen, sondern es wäre Sache des letztgenannten, seine Schuldlosigkeit darzutun.

Auf den Schadensersatzanspruch finden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts Anwendung. So hat

---

[1]) Vgl. Goldmann, Bd. 1, § 61, Anm. 1, S. 300. Tischbein, Inaug.-Diss. S. 57 und 58.

[2]) Vgl. Ritter, § 61, Anm. 3, S. 96.

[3]) Vgl. §§ 113, Abs. 1; 236, Abs. 2; 326, Abs. 2.

der Gehilfe in erster Linie die Pflicht zur Wiederherstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn er die verbotswidrige Handlung nicht begangen hätte[1]). Da dies aber wohl in den seltensten Fällen möglich oder zur Befriedigung des Prinzipals genügend sein wird, so ist er verpflichtet, diesen in Geld zu entschädigen[2]). Für die Höhe dieser Entschädigung ist maßgebend der positive Schaden, d. i. der Verlust des Vermögenswertes, in dessen Genuß sich der Beschädigte zur Zeit des zum Schadensersatz verpflichtenden Handelns befand. Hierunter zu verstehen wären z. B. Aufwendungen, die der Prinzipal infolge Anstellung eines neuen Gehilfen mit höherem Salär machen mußte Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte[3]). Daß dieser sich immer mit dem deckt, den der Gehilfe aus dem verbotenen Geschäft gezogen hat, ist nicht der Fall, vielmehr wird er bald geringer, bald größer sein[4]). Hat die Verbotsübertretung, durch die der Prinzipal geschädigt wurde, zugleich einen Vermögensvorteil für ihn zur Folge, so vermindert sich der zu ersetzende Schaden um jenen Vorteil. Ist die Höhe des Schadens bestritten, so greift § 287 Z.P.O. Platz.

Zu beachten ist, daß die von einem Gesellschafter

---

[1]) § 249 B.G.B.

[2]) § 251 B.G.B.

[3]) § 252 B.G.B.

[4]) Vgl. Staub, § 61, Anm. 2, S. 293. Lehmann-Ring, § 61, Anm 3, S. 159.

bezahlte Schadensersatzsumme in die Gesellschaftskasse fließt, und der ersatzpflichtige Gesellschafter nicht den auf ihn fallenden Teil abziehen darf, da es sich um einen Anspruch der Gesellschaft und nicht der einzelnen Gesellschafter handelt[1]).

§ 10. Das Eintrittsrecht.

Statt des Schadensersatzanspruches hat der Prinzipal das Recht, zu verlangen, daß der Gehilfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch darauf abtrete.

Die Bezeichnung „Eintrittsrecht“ stamnt aus dem A. D. H.G.B., wo Art. 97, Abs. 2 von einem Rechte der Gesellschaft, in ein von dem Gesellschafter für eigene Rechnung gemachtes Geschäft „einzutreten“, sprach. Der Ausdruck ist zwar unjuristisch, soll aber, da er sich vollends in der Literatur eingebürgert hat, auch von uns beibehalten werden.

Das Charakteristische am Eintrittsrecht ist, daß eine Person, trotzdem sie für sich Rechte erwerben will, diese kraft eines Rechtssatzes einem andern überlassen muß, tatsächlich also nicht für sich, sondern für den andern erwirbt[2]). Dieses ist im heutigen Recht eine äußerst seltene Erscheinung. In früheren Rechten traf man sie häufiger an, so z. B. im römischen Recht beim Erwerb von Rechten und Pflichten durch

[1]) Vgl. Lehmann-Ring, § 113, Anm. 6, S. 240.

[2]) Vgl. Laband in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. X, S. 201.

hausuntertänige Personen für den Gewalthaber. Kann man das Eintrittsrecht etwa diesem vergleichen? Sowohl der Handlungsgehilfe, wie die sui und servi erwerben kraft Rechtssatzes für den Prinzipal bezw. den Gewalthaber. Jedoch entstehen die Rechte und Verpflichtungen aus Rechtsgeschäften von seiten Gewaltunterworfener ipso iure in der Person des Gewalthabers, ohne daß es auf seinen Willen ankommt. Bei Rechtsgeschäften seitens des Handlungsgehilfen bedarf es dagegen eines Willensaktes des Prinzipals. Der Eintritt des Prinzipals kann von dem Drittkontrahenten nicht gefordert und erzwungen werden, während der Gewalthaber ipso iure als Korrealschuldner haftete. Diese Gebilde sind also zu verschieden, als daß eine Gleichstellung möglich wäre. Auch liegt hier weder direkte noch indirekte Stellvertretung vor, da der Handlungsgehilfe, der wider das Verbot verstößt, einerseits nicht im Namen des Prinzipals, andererseits nicht für dessen Rechnung kontrahiert. Ein ähnliches Rechtsinstitut wie das des Eintritts gibt es also nicht.

Über Natur und Inhalt dieses Rechts hat von jeher der größte Streit geherrscht, besonders über die Frage: Hat der Prinzipal lediglich einen Anspruch auf Herausgabe des Gewinnes bezw. auf Abtretung der Klage gegen den Dritten dem Handlungsgehilfen gegenüber, oder tritt bei Geltendmachung des Rechts eine unmittelbare Rechtsbeziehung des Prinzipals zu dem Dritten ein, kraft deren er eine direkte Klage gegen ihn hätte? Schon bei der Beratung des A. D. H.G.B. tauchte sie auf, wurde aber absichtlich unentschieden gelassen. Die Protokolle[1]) besagen dazu:

[1]) S. 87.

„Bei der Diskussion des Art. 46 wurde erwähnt, daß der letzte Satz undeutlich sei, weil er nicht ersehen lasse, ob der Prinzipal das Recht haben solle, in den Vertrag des Prokurainhabers einzutreten oder nur das Recht, von dem Prokurainhaber den gezogenen Gewinn zu verlangen. Hierauf wurde bemerkt, daß es nicht beabsichtigt sei, dem Prinzipal lediglich eine Klage gegen den Faktor auf Herauszahlung des gezogenen Gewinnes, der von ihm oft nicht beigetrieben werden könne, zu geben, daß aber die Frage, ob der Prinzipal eine actio utilis gegen den Dritten haben oder zuvor den Prokuristen auf Zession der Klage belangen solle, als eine offene der Partikulargesetzgebung und der Wissenschaft zu überlassen sei und wurde in diesem Sinne angenommen.“ Auch unser Gesetz hat die Frage nicht entschieden, um so mehr aber hat sich die Wissenschaft mit ihr beschäftigt. Fast durchweg ist man zu dem Resultat gekommen: „Das Eintrittsrecht besteht nur im Verhältnis zum Handlungsgehilfen. Ein direktes Klagerecht gegen den Dritten ist nicht gegeben, der Prinzipal kann nur die Übertragung der Vergütung und Zession des Klagerechts von dem Handlungsgehilfen verlangen [1]).“ Diesem kann sich der Drittkontrahent nicht widersetzen (§ 398 B.G.B.), wohl aber kann er dem Prinzipal die Einwendungen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung dem Gehilfen gegenüber begründet

[1]) Vgl. Wendt in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. 1, S. 259. Laband in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. X, S. 202. Gareis, Verträge zugunsten Dritter, S. 22. Goldschmidts Zeitschrift, Bd. VIII, S. 575. Düringer-Hachenburg, § 61, Anm. 1, S. 420, Staub, § 61, Anm. 3, S. 293. Makover, § 61, Anm. II, S. 113. Lehmann, Lehrbuch, § 37, S. 200.

waren, entgegensetzen (§ 404 B.G.B.), wie Einrede der Aufrechnung, des nicht erfüllten Vertrages u. a. m.

Dieses Ergebnis steht mit der Fassung der Vorschriften des neuen H.G.B. und den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts vollkommen im Einklang. Da der dem Verbote zuwiderhandelnde Gehilfe nicht die Absicht hat, im Namen seines Prinzipals zu kontrahieren — und nur hierdurch würde der Prinzipal unmittelbar berechtigt und verpflichtet —, so hätte es einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung bedurft, wenn der Prinzipal vollständig in die Rechtsstellung des Gehilfen eintreten, also eine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen ihm und dem Dritten geschaffen werden sollte. Eine solche ist aber in den in Frage kommenden Paragraphen nicht vorhanden.

Das Eintrittsrecht gestaltet sich nun verschieden, je nachdem das Geschäft für eigene oder fremde Rechnung abgeschlossen worden ist. Hat der Handlungsgehilfe das Geschäft für eigene Rechnung gemacht, so kann der Prinzipal verlangen, daß der Gehilfe es als für seine Rechnung eingegangen gelten lasse. Der Anspruch auf Übertragung des betreffenden Geschäfts geht nach dem jeweiligen Stande desselben. Ist das Geschäft bereits vollständig abgewickelt, so hat der Gehilfe den daraus verdienten Überschuß herauszugeben. Hat der Gehilfe Aufwendungen gemacht, so hat der Prinzipal sie zu ersetzen[1]). Ist das Geschäft noch nicht abgewickelt, so kann der Prinzipal verlangen, daß der Gehilfe es zu Ende führt und dann den gezogenen Reingewinn abliefert. Hierbei hat er die Sorgfalt zu beobachten, die er in eigenen Ange-

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 45, S. 33.

legenheiten anzuwenden pflegt, widrigenfalls er sich dem Prinzipal schadensersatzpflichtig macht. Statt dessen muß der Handlungsgehilfe auf Verlangen des Prinzipals diesem seine Ansprüche gegen den Dritten abtreten. Wird die hierzu erforderliche Willenserklärung verweigert, so wird sie durch Urteil nach § 894 Z.P.O. ersetzt. Die Abtretung folgt den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts[1]). Insbesondere hat der Gehilfe die zur Geltendmachung etwaiger Forderungen nötige Auskunft zu erteilen und die Beweisurkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, herauszugeben. War Abtretung der Forderungen zwischen dem Gehilfen und dem Drittkontrahenten durch Vereinbarung ausgeschlossen, so hat der Gehilfe das Geschäft zu beendigen. Ist der Gehilfe dem Dritten gegenüber noch verpflichtet, so braucht dieser sich keinen Wechsel in der Person des Schuldners gefallen zu lassen, vielmehr kann der Prinzipal nur dann an Stelle des Gehilfen treten, wenn er mit dem Dritten einen Schuldübernahmevertrag gemäß §§ 414 ff. B.G.B. eingeht.

Hat der Gehilfe das Geschäft für fremde Rechnung gemacht, und ist es bereits vollendet, so kann der Prinzipal die Herausgabe der Vergütung fordern. Schwebt das Geschäft noch, so kann er sich den Anspruch auf die Vergütung abtreten lassen und dem Gehilfen die Pflicht auferlegen, das Geschäft mit der diligentia quam suis zu Ende zu führen. Eintreten in das Geschäft selbst, z. B. die Tätigkeit als Kommissionär für den Drittkontrahenten zu übernehmen, ist nicht gestattet. Desgleichen ist es selbstverständ-

[1]) §§ 398 ff. B.G.B.

lich, daß der Prinzipal, wenn der Gehilfe verbotswidrig als persönlich haftender Gesellschafter an einer Handelsgesellschaft teilnimmt, nicht verlangen kann, an dessen Stelle als persönlich haftender Gesellschafter einzutreten, da dies mit dem Grundsatz der Unübertragbarkeit der den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehenden Ansprüche widerstreiten würde[1])[2]). In solchem Falle würde nur ein Anspruch auf Schadensersatz oder auf Herausgabe der bezogenen Vergütung bezw. des Gewinnanteiles gegeben sein.

Hat der Gehilfe mehrfach dem Verbote zuwider Geschäfte abgeschlossen, so stehen dem Prinzipal die ihm verliehenen Rechte für jedes einzelne Geschäft zu, ausgenommen natürlich, wenn die Geschäfte ein in sich zusammenhängendes Handelsunternehmen bilden, da er ja sonst die lukrativen Geschäfte an sich ziehen, die anderen aber dem Gehilfen lassen könnte[3]).

Für seine Bemühungen darf der Gehilfe eine Provision nicht berechnen, da in seiner Eigenschaft als Gehilfe zum Prinzipal selbst dann nichts geändert wird, wenn er auch dem Drittkontrahenten gegenüber als selbständiger Kaufmann aufgetreten ist[4]).

§ 11. Sonstige Rechte aus einer Verbotsverletzung.

Wie wir oben[5]) gesehen haben, ist der Inhalt der Konkurrenzverbote dispositiven Charakters. Ebenso

---

[1]) § 717 B.G.B.

[2]) Vgl. Staub, § 113, Anm. 4, S. 439.

[3]) Vgl. Behrend, § 45, Anm. 52, S. 327.

[4]) Vgl. Lehmann-Ring, § 61, Anm. 4, S. 159. Staub, § 61, Anm. 3, S. 293.

[5]) Vgl. oben S. 33 ff.

können die aus der Verletzung eines Verbotes entspringenden Folgen durch Vertrag geändert werden. Anstatt der gesetzlichen elektiven Berechtigung zum Schadensersatz oder zum Eintritt kann die kumulative vereinbart werden. Es kann eine Vertragsstrafe an die Verletzung eines Verbotes geknüpft werden. Wählt der Prinzipal diese, so bleibt der Anspruch auf weiteren Schadensersatz noch bestehen (§ 340 B.G.B.). Jedoch unterliegt sie, falls sie übermäßig hoch bemessen ist, auf Antrag des Handlungsgehilfen dem richterlichen Ermäßigungsrecht (§ 343 B.G.B.).

Vermöge des Rechts, Schadensersatz zu fordern oder in das gemachte Geschäft einzutreten, ist dem Prinzipal in der Regel die Möglichkeit gegeben, die durch das verbotswidrige Handeln des Handlungsgehilfen ihm entstandenen nachteiligen Folgen wieder auszugleichen. Es ist aber nicht zu verkennen, daß er in vielen Fällen ein großes Interesse daran hat, nicht auf diese Rechte beschränkt zu sein, sondern Vorkehrungen treffen zu können, die eine künftige Verletzung des Verbots unmöglich machen oder doch wesentlich erschweren. Behufs dieses Zweckes wird dem Prinzipal von Literatur und Praxis eine Klage auf künftige Unterlassung gegeben. Der Prinzipal hat als Dienstherr einen Anspruch darauf, daß der Handlungsgehilfe ohne seine Einwilligung kein Handelsgewerbe und keine Konkurrenzgeschäfte betreibe, folglich muß er auch zur Durchführung seines Rechts eine Klage haben[1]). Die Klage auf künftige Unterlassung wird beim verbotenen Betriebe eines Handelsgewerbes immer gegeben und entweder auf Einstellung

[1]) Vgl. Goldmann, Bd. 1, § 61, Anm. 1, IV, S. 301. Staub, § 61, Anm. 5, S. 293.

des Betriebes zu richten sein oder, wenn der Gehilfe sich einer gesetzwidrigen Teilnahme an einer Handelsgesellschaft schuldig macht, auf Austritt aus derselben. Hat er aber gegen das Verbot, Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals zu machen, verstoßen, so wird die Klage nur zugestandeu werden können, wenn begründete Besorgnis naheliegt, er werde sich in Zukunft dem Verbote nicht fügen. Dem auf Unterlassung lautenden Urteil kann durch Strafandrohung für spätere Übertretungen gemäß § 890 Z.P.O. größere Wirksamkeit beigelegt werden. Dieses Recht steht dem Prinzipal neben den Rechten aus § 61 H.G.B zu.

Liegt bereits eine Verbotsübertretung vor, ist der Prinzipal aber nicht in der Lage, den Umfang der Geschäfte zu übersehen, ist er also im Zweifel, ob es für ihn vorteilhafter ist, den Schadensersatzanspruch oder das Eintrittsrecht zu wählen, so wird man ihm eine Klage auf Rechnungslegung über die abgeschlossenen Geschäfte zugestehen müssen[1]).

Ist eine Verbotsverletzung zwar noch nicht vorhanden, trifft aber der Handlungsgehilfe z. B. Anstalten zur Eröffnung eines Handelsgewerbebetriebes, oder steht ein Gesellschafter in Unterhandlung mit einer Konkurrenzgesellschaft behufs Eintritts in dieselbe, so kann der Prinzipal nach § 256 Z.P.O. auf Feststellung der Verpflichtung klagen, diese Handlungen zu unterlassen.

Vergeht sich der Handlungsgehilfe gegen das Konkurrenzverbot, so steht dies im Widerspruch mit der durch den Dienstvertrag übernommenen Verpflichtung, mit Treue und Redlichkeit im Vermögensinteresse

[1]) Vgl. Staub, § 61, Anm. 6, S. 293.

des Prinzipals tätig zu sein. Durch dieses Verhalten wird das das ganze Verhältnis beherrschende Vertrauen in schwerer Weise erschüttert. Um nicht in unbilliger Weise wider seinen Willen am Vertrage gebunden zu sein, ist dem Prinzipal neben allen andern Ansprüchen auch das Recht der sofortigen Entlassung des Gehilfen gegeben. Nach § 72, Ziffer 1 H.G.B. stellt der Verstoß gegen § 60 H.G.B. einen wichtigen Grund dar, der dem Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen. Die Frage, wann eine Verbotsübertretung als wichtiger Grund anzusehen ist, läßt sich nur nach der Beschaffenheit des konkreten Falles beurteilen, und die Entscheidung ist dem freien richterlichen Ermessen anheimgegeben. So wird z. B. eine geringfügige Verletzung des Verbots kein Entlassungsgrund sein, während es bei einer umfangreichen stets der Fall sein wird [1]). Wird der Gehilfe aus wichtigem Grunde entlassen, so ist er dem Prinzipal zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstandenen Schadens verpflichtet, da ja seine vertragswidrige Handlung die Kündigung veranlaßt hat (§ 70, Abs. 2 H.G.B.).

Die Vorstandsmitglieder einer A.-G. können nach § 231, Abs. 3 H.G.B. jederzeit von ihrem Posten abberufen werden. Hierdurch wird aber nicht immer zugleich das Dienstverhältnis zwischen dem Vorstandsmitglied und der Gesellschaft betroffen. Der § 231 H.G.B. gewährt das Recht des Widerrufs unbeschadet

---

[1]) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. 19, S. 115.

des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung. Ist die Abberufung also erfolgt, ohne daß ein wichtiger Grund vorgelegen hat, so kann das Vorstandsmitglied diese zwar nicht anfechten, wohl aber die volle Vergütung verlangen. Liegt aber ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 B.G.B. vor, so daß die Entlassung zu dem betreffenden Zeitpunkt hat erfolgen können, so ist die Gesellschaft nicht zur Entschädigung verpflichtet, hat vielmehr noch nach § 628, Abs. 2 B.G.B. Anspruch auf Ersatz des durch die Aufhebung des Vertrages erwachsenen Schadens.

Hat ein Vorstandsmitglied absichtlich der A.-G. Nachteile zufügen wollen, so macht es sich auch strafrechtlich verantwortlich. In § 312 H.G.B. heißt es:

„Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrats oder Liquidatoren werden, wenn sie absichtlich zum Nachteile der Gesellschaft handeln, mit Gefängnis und zugleich mit Geldstrafe bis zu 20000 Mark bestraft.

Zugleich kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf die Geldstrafe erkannt werden."

Als Ergänzung des Konkurrenzverbotes für Handlungsgehilfen und -Lehrlinge und Vorstandsmitglieder einer A.-G. könnte man eine Bestimmung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 ansehen. Der § 17, Abs. 1 bestimmt:

„Mit Geldstrafe bis zu 5000 Mark und mit Gefängnis bis zu einem Jahre oder mit einer dieser Strafen wird bestraft, wer als Angestellter, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebes Geschäfts- oder

Betriebsgeheimnisse, die ihm vermöge seines Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an Andere zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebes Schaden zuzufügen, mitteilt."

Wenn durch diese Bestimmung auch keine Konkurrenz von seiten des Dienstpflichtigen verhütet werden soll, so zeigt sie doch mit dem Konkurrenzverbot insoweit verwandte Züge, als durch sie Mißbrauch des Vertrauensverhältnisses vorgebeugt werden soll.

Bei dem Konkurrenzverbot für die persönlich haftenden Gesellschafter einer O. H.G., einer K.-G., einer K.-G. auf Aktien kann, da ja kein Dienst-, sondern ein Gesellschaftsverhältnis besteht, von einer Kündigung im obigen Sinne keine Rede sein. Hier tritt an ihre Stelle das Recht der Gesellschaft, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Bei Verletzung des Verbotes seitens eines Gesellschafters einer O. H.G. kann nach § 133 H.G.B. auf Antrag eines Gesellschafters die sofortige Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden, aber auch wiederum nur, wenn der Verstoß gegen § 112 H.G.B. einen wichtigen Grund darstellt. Außerdem kann, wenn die Voraussetzungen des § 133, Abs. 1 H.G.B. vorliegen, nach § 140 H.G.B. auf Antrag der übrigen Gesellschafter die Ausschließung des Gesellschafters vom Gerichte verfügt werden. Besteht die Gesellschaft nur aus zwei Personen, so kann gemäß § 142 H.G.B. der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Pas-

siven zu übernehmen. Ist der zuwiderhandelnde Gesellschafter zur Geschäftsführung bezw. zur Vertretung befugt, so kann auf Antrag der übrigen Gesellschafter diesem die Befugnis zur Geschäftsführung bezw. zur Vertretung nach § 117 bezw. § 127 H.G.B. entzogen werden.

Die Vorschriften für die O.H.G. finden entsprechende Anwendung auf die K.-G. und die K.-G. auf Aktien.

III. Abschnitt.

§ 12. Die Geltendmachung der Ansprüche.

Ist ein Konkurrenzverbot verletzt worden, so ist zu untersuchen, wer die Wahl zwischen den verschiedenen Rechten auszuüben, und wer den gewählten Anspruch gerichtlich geltend zu machen hat. Hat ein Handlungsgehilfe oder -Lehrling sich gegen das Verbot vergangen, so stehen beide Befugnisse, die Ausübung des Wahlrechts wie die prozessuale Geltendmachung, dem Prinzipal zu, sei dieser ein Einzelkaufmann oder eine Gesellschaft. Letzterenfalls vertreten die O. H.G. die geschäftsführenden Gesellschafter, die K.-G. die Komplementäre und die A.-G. der Vorstand, da die Geltendmachung als eine Handlung anzusehen ist, die der Betrieb eines Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt.

Zweifelhaft und bestritten ist es bei Übertretung des Verbots durch ein Vorstandsmitglied einer A.-G. Makower[1]), Lehmann und Ring[2]) halten es für genügend, wenn die übrigen Vorstandsmitglieder, sofern sie noch bei Ausschluß des in Anspruch zu nehmenden Mitgliedes vertretungsberechtigt sind, die Befugnisse ausüben. Meines Erachtens muß mindestens bei der

[1]) § 236, Anm. III, S. 506.
[2]) § 236, Anm. 6, S. 473.

Vornahme der Wahl der gegebenen Ansprüche der Aufsichtsrat mitwirken. Nach § 236, Abs. 3 H.G.B. beginnt die Verjährung der Ansprüche in dem Zeitpunkt, in dem die übrigen Vorstandsmitglieder und der Aufsichtsrat von dem Abschluß des Geschäfts oder von der Teilnahme des Vorstandsmitgliedes an der andern Gesellschaft Kenntnis erlangen. Wenn einmal die Kenntnis des Aufsichtsrates zur Verjährung der Ansprüche notwendig ist, so ist nicht einzusehen, daß dieser bei der Auswahl der Ansprüche ausgeschlossen sein und sie allein den übrigen Vorstandsmitgliedern zustehen sollte. Sind allerdings die gegebenen Ansprüche unter Mitwirkung des Aufsichtsrates durch Wahl auf einen konzentriert, so liegt die fernere Verfolgung des gewählten Anspruchs den übrigen Vorstandsmitgliedern ob, mit der Ausnahme, daß der Aufsichtsrat diese in Ausführung eines diesbezüglichen Beschlusses der Generalversammlung gemäß § 247 H.G.B. übernimmt.

Analog den Bestimmungen für die A.-G. sind die für die K.-G. auf Aktien.

Stehen einer O. H.G. gegen einen Gesellschafter Ansprüche wegen Verletzung des Konkurrenzverbotes zu, so beschließen über die Geltendmachung alle übrigen Gesellschafter (§ 113, Abs. 2 H.G.B.), also die geschäftsführenden wie die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen. Unter der Herrschaft des A. D. H.G.B. war diese Frage bestritten. Die einen nahmen an, daß es sich um eine in den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft fallende Befugnis handeln, also die Geltendmachung durch jeden geschäftsführenden Gesellschafter erfolgen, aber durch Einspruch jedes anderen geschäftsführenden Gesellschafters inhibiert

werden könne[1]), während die anderen sich bereits auf den Standpunkt des heutigen Rechts stellten[2]). Der Entwurf zum H.G.B. hat, so bemerkt die Denkschrift[3]), einen Beschluß der übrigen Gesellschafter gefordert, „da es nicht angemessen erscheint, die Geltendmachung dem Belieben jedes einzelnen Geschäftsführers zu überlassen, und da andererseits eine Handlung der Geschäftsführung nicht in Frage steht". Zur Wirksamkeit des Beschlusses ist, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, Einstimmigkeit erforderlich (§ 119 H.G.B.). Ist in dem Beschlusse nichts darüber bestimmt, in welcher Weise, insbesondere durch wen der gewählte Anspruch geltend zu machen ist, so geschieht es, da ein Akt der Geschäftsführung vorliegt, durch einen oder mehrere geschäftsführende Gesellschafter[4]). Besteht die Gesellschaft nur aus zwei Mitgliedern, so beschließt darüber, ob und wie gegen den verbotswidrig handelnden Gesellschafter vorgegangen werden soll, der andere Gesellschafter allein, auch dann, wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, und der Geschäftsführende das Verbot verletzt hat. Einigen sich die verschiedenen Gesellschafter nicht über den zu wählenden Anspruch, entscheidet sich der eine z. B. für den Schadensersatzanspruch, der andere für das Eintrittsrecht, der dritte dafür, daß gegen den Zuwiderhandelnden überhaupt nicht eingeschritten werden soll, so ist letzterer, da

[1]) Vgl. von Hahn, zu Art. 97, § 1, S. 415.

[2]) Vgl. Behrend, § 69a, Anm. 7, S. 496 und 497. Lastig in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. 1, S. 376.

[3]) S. 90 und 91.

[4]) Vgl. Staub, § 113, Anm. 2, S. 438.

ja der im Zweifel notwendige einstimmige Beschluß[1]) fehlt, zu keiner Leistung verpflichtet. Er ist aber bei der Beschlußfassung regelmäßig auf Grund der positiven, in § 113, Abs. 2 H.G.B. gegebenen Vorschrift von der Mitwirkung ausgeschlossen.

Befindet sich die O. H.G. im Zustande der Liquidation, so verbleibt das Recht zur Ausübung der Wahl den Gesellschaftern, während es Sache der Liquidatoren ist, den gewählten Anspruch durchzuführen. Ergeben sich nach der Beendigung der Liquidation Ansprüche der ehemaligen Gesellschaft, so stehen sie allen früheren Gesellschaftern gemeinschaftlich zu, deren Beschlüsse über Ausübung der Wahl und prozessuale Geltendmachung sich im Zweifel nach den Vorschriften der §§ 741 ff. B.G.B. richten.

Die für die O. H.G. geltenden Bestimmungen finden nach § 161, Abs. 2 H.G.B. auf die K.-G. entsprechende Anwendung. Es wirken also auch hier alle übrigen Gesellschafter, Komplementäre wie Kommanditisten, bei der Beschlußfassung mit. Hat die Gesellschaft nur einen Komplementär, so stehen die Befugnisse ausschließlich den Kommanditisten zu.

[1]) Vgl. Cosack, § 195, S. 675.

IV. Abschnitt.

§ 13. Die Verjährung der Ansprüche.

Es wäre hart und unbillig, wollte man den Handlungsgehilfen, der gegen das Konkurrenzverbot verstoßen hat, während der ganzen Dauer der allgemeinen Verjährungsfrist darüber im Unklaren lassen, ob er das Geschäft als genehmigt ansehen könne, oder ob der Prinzipal von den ihm zustehenden Rechten Gebrauch machen wolle. Deshalb ist in § 61, Abs. 2 H.G.B. bestimmt:

„Die Ansprüche verjähren in 3 Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Prinzipal Kenntnis von dem Abschlusse des Geschäfts erlangt; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 5 Jahren von dem Abschlusse des Geschäfts an."

Diese Vorschrift beruht auf dem Vorbilde des Art. 97 A. D. H G.B. Im A. D.H.G.B. war nur beim Konkurrenzverbote für Gesellschafter einer O.H.G., persönlich haftende Gesellschafter einer K.-G. und Vorstandsmitglieder einer A.-G. die Geltendmachung der Ansprüche an eine Frist von 3 Monaten gebunden, während der Prinzipal eines Handlungsgehilfen seine Rechte während der allgemeinen Verjährungsdauer jeder Zeit geltend machen konnte, es sei denn, daß sein Verhalten nach erlangter Kenntnis vom Geschäftsabschlusse den Umständen nach als Genehmigung aufzufassen war. Das neue H.G.B. jedoch hat diese

Rechtswohltat auch dem Handlungsgehilfen zukommen lassen. Im Gegensatz zum A. D. H.G.B., wo es sich um eine Ausschlußfrist handelte, sind die 3 Monate in den Vorschriften des H.G.B. eine Verjährungsfrist, die in bezug auf Entstehung, Beendigung, vertragsmäßige Abänderung, Wesen und Wirkung nach den Bestimmungen des B.G.B.[1]) geregelt wird. Es ist also die Stellung der Berechtigten insofern verbessert worden, als die Rechtswirkung der vollendeten Verjährung nicht das Erlöschen des Anspruches selbst, sondern nur das dem Verpflichteten eingeräumte Recht ist, die Leistung zu verweigern, welche Einrede aber nicht von Amts wegen berücksichtigt werden darf. Die Sondervorschrift des § 201 B.G.B., nach welcher der Beginn der Verjährung mit dem Schlusse des Jahres zusammenfällt, in welchem der für ihren Anfang maßgebende Zeitpunkt eintritt, findet keine Anwendung, vielmehr beginnt die Verjährung in dem Zeitpunkt, in welchem der Prinzipal Kenntnis von dem Abschlusse des Geschäfts erlangt. In den analogen Vorschriften der §§ 113 und 236 H.G.B. ist auch bei Kenntnis der verbotenen Teilnahme an einer andern Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter die Verjährungsfrist von 3 Monaten für die daraus entspringenden Ansprüche hervorgehoben. Wie wir oben[2]) gesehen haben, ist für den Handlungsgehilfen das Verbot der Teilnahme an einer Gesellschaft in dem allgemeinen Verbote des Handelsgewerbebetriebes begriffen. Wenn auch aus dem Gesetz diese Vorschrift hervorgeht, so ist es doch zweifelhaft, ob

[1]) § 194ff. B.G.B.

[2]) Vgl. oben S. 14.

ohne ausdrückliche Bestimmung die kurze Verjährungsfrist auf den Handlungsgehilfen ausgedehnt werden darf. Da aber in allen übrigen Punkten das Konkurrenzverbot für die Vorstandsmitglieder einer A.-G. dem für die Handlungsgehilfen gleicht, so entspricht es nur der Billigkeit, daß in diesem Falle der Gehilfe nicht durch Verlust der dreimonatlichen Verjährungsfrist schlechter gestellt werde als jene. Die Vorschrift des § 236 H.G.B. dürfte meines Erachtens auf den Handlungsgehilfen Anwendung finden.

Damit die Verjährung beginne, ist die Kenntnis des Prinzipals erforderlich, an deren Stelle gegebenen Falles die des gesetzlichen Vertreters tritt. Kenntnis des Prokuristen ist nicht genügend[1]). Ist der Prinzipal eine Gesellschaft, so müssen die Geschäftsführer Kenntnis erlangt haben. Beim Verstoß eines Gesellschafters einer O.H.G. müssen „die" d. h. alle übrigen Gesellschafter von dem verbotswidrigen Handeln unterrichtet sein. Dies ist in § 113, Abs. 3 H.G.B. ausdrücklich gesagt, und hierdurch die Streitfrage, die sich unter dem alten Recht infolge der undeutlichen Fassung des Art. 97, Abs. 2 A.D.H.G.B. erhob, entschieden. Dieser Artikel sprach von der „Kenntnis der Gesellschaft", es wurde also offen gelassen, ob damit die Kenntnis aller übrigen Gesellschafter[2]) oder nur der geschäftsführenden oder eines derselben gemeint sei[3]). Bei der K.-G. bedarf es der Kenntnis der Komplementäre wie der Kommanditisten. Bei der

[1]) Vgl. Lehmann-Ring, § 61, Anm. 5, S. 159. Staub, § 61 Anm. 9, S. 294. Ritter, § 61, Anm. 4, S. 96.

[2]) Vgl. Behrend, § 69a, S. 497. Lastig in Erdmanns Handmanns des Handelsrechts, § 88, Anm. 48, S. 378.

[3]) v. Hahn, zu Art. 97, § 4, S. 416.

A.-G bezw. K.-G. auf Aktien ist die Kenntnis der übrigen Vorstandsmitglieder und des Aufsichtsrates bezw. der übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und des Aufsichtsrates ausschlaggebend. Was unter der Kenntnis des Aufsichtsrates zu verstehen ist, ist bestritten. Makower[1]) und Lehmann-Ring[2]) halten private Kenntnis auch nur eines Mitgliedes für genügend. Die Motive zum preußischen Entwurfe des alten Handelsgesetzbuches[3]) bemerken hierzu: „Jedenfalls würde es zu weit gehen, wenn gefordert würde, daß alle Aufsichtsratsmitglieder den Abschluß erfahren haben, vielmehr wird es als ausreichend zu erachten sein, daß eine zur Beschlußfassung genügende Anzahl derselben den Abschluß kannte, da solchenfalls der Aufsichtsrat in der Lage war, von dem der Gesellschaft beigelegten Rechte Gebrauch zu machen". Im Gegensatz zu diesen beiden Richtungen schließe ich mich der herrschenden Meinung[4]) an, daß Kenntnis des Aufsichtsrates nur dann anzunehmen ist, wenn dieser in offizieller Eigenschaft mit der Sache befaßt worden ist, etwa in einer Sitzung oder durch Rundschreiben. Hiernach genügt es also nicht, daß alle Mitglieder einzeln die Sache erfahren haben, wenngleich diese Tatsache unter Umständen dann von Wichtigkeit sein kann, wenn aus dem Verhalten des Aufsichtsrates auf stillschweigende Genehmigung geschlossen werden soll. Eine Umgehung der Verjährungs-

---

[1]) § 236, Anm. IV, S. 507.

[2]) § 236, Anm. 7, S. 473; ebenso Ritter, § 236, Anm. 4, S. 293.

[3]) S. 208.

[4]) Vgl. Staub, § 236, Anm. 10, S. 800. Behrend, § 126, Anm. 11, S. 849. Goldmann, Bd. 2, § 236, Anm. 16, S. 986.

vorschrift, z. B. daß die Sache trotz Kenntnis aller Mitglieder des Aufsichtsrates nicht zur Sprache gebracht wird, etwa um den Verlauf von Spekulationsgeschäften zu verfolgen, würde wider Treue und Glauben verstoßen, und ein solches Verhalten stets zugunsten dessen, der wider das Verbot gehandelt hat, ausgelegt werden müssen.

Die dreimonatliche Verjährung beginnt bei Ansprüchen aus einzelnen Konkurrenzgeschäften in dem Augenblick, wo der Prinzipal Kenntnis von der Tatsache des Geschäftsabschlusses erlangt, wenn er auch die Einzelheiten des vom Handlungsgehilfen abgeschlossenen Vertrages, z. B. die Höhe der Provision u. a., erst nachträglich erfährt[1]). Bei Ansprüchen aus der verbotenen Teilnahme an einer andern Gesellschaft oder aus einem verbotenen Handelsgewerbebetrieb ist die Kenntnis der Teilnahme bezw. des Betriebes als solchen entscheidend, nicht die der einzelnen Geschäftsabschlüsse. Die Verjährungsfrist ergreift natürlich nur die Ansprüche, die bereits bei Beginn der Verjährung entstanden waren. Entspringen aus demselben Rechtsverhältnis, z. B. dem verbotenen Gesellschaftsverhältnis, nachdem der Prinzipal Kenntnis von der Teilnahme erlangt hat, neue Ansprüche, so läuft für diese die Verjährungsfrist von neuem. Dies ist auch der Standpunkt des Verfassers der Denkschrift[2]), indem es dort heißt:

„Als verjährt können selbstverständlich immer nur diejenigen Ersatzansprüche gelten, welche vor

---

[1]) Vgl. Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Bd. 7, S. 149.
[2]) S. 91.

mehr als 3 Monaten entstanden waren. Dies bezieht sich auf den Ersatzanspruch, der aus der Beteiligung eines Gesellschafters bei einer anderen Gesellschaft hergeleitet wird; ein Einwand gegen weitere Ersatzansprüche wird daher durch den Ablauf der Frist von 3 Monaten seit der Kenntnis der übrigen Gesellschafter nicht begründet".

Dieser Meinung haben sich u. a. Staub[1]), Makower[2]) und Lehmann-Ring[3]) angeschlossen

Neben dieser dreimonatlichen Verjährungsfrist sieht das H.G.B. im Gegensatz zum A.D.H.G.B. noch eine Verjährung von 5 Jahren für die Ersatzansprüche der Berechtigten vor. Diese entspricht der Billigkeit und ist, wie die Denkschrift[4]) bemerkt, statuiert, „um den Gehilfen unter allen Umständen gegen die Geltendmachung von Forderungen wegen lange zurückliegender Vorkommnisse zu schützen." Sie nimmt ihren Anfang ohne Rücksicht auf die Kenntnis von verbotenen Geschäften oder kontraktswidriger Beteiligung an Handelsgesellschaften in dem Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäfts bezw. der Entstehung des Anspruches.

Die eben entwickelten Grundsätze über die Verjährung gelten nur für den Schadensersatzanspruch und das Eintrittsrecht, nicht für die sonstigen Rechte aus einer Verbotsübertretung. Letztere sind wegen ihres Charakters teils unverjährbar, wie das Recht der sofortigen Entlassung, da dieses gar keinen Anspruch im Sinne des § 194 B.G.B. darstellt, teils ist

---

[1]) § 113, Anm. 9, S. 439.
[2]) § 113, Anm. IV, S. 205.
[3]) § 113, Anm. 5. S. 240.
[4]) S. 61.

die Zeit, während der die Geltendmachung der Rechte nur möglich sein kann, an deren besonderen Zweck gebunden. Die Feststellungsklage z. B. ist nur denkbar, solange ein rechtliches Interesse an der Feststellung besteht. Die Klage auf Rechnungslegung geht notwendigerweise der Geltendmachung des Schadensersatzes oder des Eintrittsrechtes voraus. Die Klage auf Unterlassung fällt mit der Geltendmachung eines der Hauptansprüche.